CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 1 5/3/2007 12:33:25

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 2 5/3/2007 12:33:25

Coordenadores

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor dos cursos *Jus*PODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Luiz Rodrigues Wambier

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Professor do curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

Luiz Manoel Gomes Jr.

Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil e Prática Forense da Faculdade de Direito de Barretos. Doutor (PUC/SP). Coordenador do curso de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Advogado.

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

2007

EDIÇÕES *Jus* PODIVM

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 3 5/3/2007 12:33:26

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Conselho Editorial
Dirley da Cunha Jr.
Fernanda Marinela
Fredie Souza Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
Nestor Távora
José Marcelo Vigliar
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

EDIÇÕES JusPODIVM
Rua Rodrigues Dória, 163 – Jardim Armação
Telefax.: (71) 3363.5050
CEP: 41750-030 – Salvador – Bahia
e-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
www.editorajuspodivm.com.br

Sumário

Notas dos coordenadores 9

Capítulo I
Guarda compartilhada de filhos após a ruptura
do casamento/união estável e o direito de convivência (art. 227/CF):
subsídios da interdisciplinaridade para a adequada instrução
do processo e fundamentação da decisão 13
André Bonelli Rebouças

Capítulo II
Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante 27
Arthur Mendes Lobo

Capítulo III
A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes
públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF 51
Artur Ferrari de Almeida e Eduardo Ferreira Jordão

Capítulo IV
Aplicação da garantia do Juiz Natural no Judiciário do Estado da Bahia 79
Edval Borges da Silva Segundo

Capítulo V
Princípios constitucionais relativos à prisão processual
no Brasil: o problema da inefetividade:
Diagnóstico crítico e alternativas de superação 97
Elmir Duclerc

Capítulo VI
Distribuição do ônus da prova à luz do Princípio da Igualdade 115
Erica Rusch Daltro Pinto

Capítulo VII
Os princípios fundamentais processuais
e sua aplicação nas relações de emprego 155
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 5 5/3/2007 12:33:26

Capítulo VIII
O devido processo legal e a exclusão
do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil 169
Fredie Didier Jr.

Capítulo IX
Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural 173
Geisa de Assis Rodrigues

Capítulo X
As premissas do poder constitucional. Um novo constitucionalismo..... 199
Juventino de Castro Aguado e Olga Apda. Campos Machado Silva

Capítulo XI
Mecanismos processuais de controle social do Estado regulador
contemporâneo brasileiro: limites à atuação das agências reguladoras 251
Lucas de Souza Lehfeld

Capítulo XII
Os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 e o direito fundamental à moradia 285
Luiz Rodrigues Wambier

Capítulo XIII
Constituição e redistribuição de processos na justiça do trabalho 291
Manoel Jorge e Silva Neto

Capítulo XIV
Definindo a importância da teoria do abuso de direito
processual frente aos princípios constitucionais 307
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Frederico Garcia Pinheiro

Capítulo XV
Jurisdição constitucional e alguns aspectos
da ação de mandado de segurança individual 341
Marta Maria Gomes Silva

Capítulo XVI
Direito Fundamental à Processualização 367
Miguel Calmon Dantas

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 6 5/3/2007 12:33:26

Capítulo XVII
A competência constitucional do Estado
membro para legislar sobre processo 437
Patrícia da Costa Santana

Capítulo XVIII
Função social da microempresa e empresa de pequeno porte 469
Paulo Roberto Colombo Arnoldi

Capítulo IX
Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição 547
Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Capítulo XX
Reflexões sobre o Princípio da Proporcionalidade 573
no Direito Processual contemporâneo
Ricardo Maurício Freire Soares

Capítulo XXI
A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais:
incidência do Princípio da Proporcionalidade 603
Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

Capítulo XXII
A Nova Competência da Justiça do Trabalho
(Uma Contribuição para a Compreensão dos Limites
do novo Art. 114 da Constituição Federal de 1988) 625
Rodolfo Pamplona Filho

Capítulo XXIII
O Princípio da Proporcionalidade e o poder de criatividade judicial 653
Sabrina Dourado França Andrade

Capítulo XXIV
O Juiz Natural e a competência das varas
de substituição do Estado da Bahia..... 681
Sebástian Borges de Albuquerque Mello

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 7 5/3/2007 12:33:26

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 8 5/3/2007 12:33:26

Notas dos coordenadores

É com muita satisfação que apresentamos essa coletânea de trabalhos sobre as relações entre o direito processual e a Constituição.

São textos produzidos por professores e alunos dos programas de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), em São Paulo. Trata-se do início de um projeto de integração destes dois programas, que dá o primeiro passo oferecendo ao público esse belo conjunto de textos.

Os professores da UFBA Manoel Jorge Silva Neto, Rodolfo Pamplona Filho, Geisa de Assis Rodrigues e Fredie Didier Jr., um dos coordenadores deste livro, trouxeram suas contribuições. Os dois primeiros enfocaram peculiaridades do processo jurisdicional trabalhista; Geisa cuidou do princípio do juiz natural e o último examinou o art. 57 do Código Civil, à luz da eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais.

Da UNAERP enviaram seus trabalhos os Professores Lucas de Souza Lehfeld, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega, Rita de Cássia Correa de Vasconcelos, Juventino de Castro Aguado, Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Luiz Rodrigues Wambier. Lucas trata de questão atualíssima, a respeito de que muito pouco se produziu, até aqui, na doutrina brasileira: o controle da atuação das agências reguladoras. Maria Cristina, em co-autoria com o advogado e professor goiano, Frederico Garcia Pinheiro, trata de hipóteses de abuso de direito processual, frente aos princípios constitucionais. Rita oferece trabalho ligado ao princípio da fungibilidade, à luz da Constituição Federal. Juventino, em trabalho feito em co-autoria com a Procuradora Federal e Mestre em Direito pela UNAERP, Olga Campos Machado Silva, trata das premissas do poder constitucional. Paulo Arnoldi trata da função social da microempresa e da empresa de pequeno porte. Wambier, a seu turno, escreve sobre o direito fundamental à moradia, sob o enfoque específico que a esse tema deu a Lei 10.931/2004.

Patrícia Santana, mestranda pela UFBA e procuradora autárquica, examinou o conceito de "norma de procedimento", indispensável para a definição das competências constitucionais legislativas. Érica Rusch, advogada e também mestranda pela UFBA, verificou em que medida é possível aplicar as normas constitucionais no estudo sobre o ônus da prova.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 9 5/3/2007 12:33:27

Miguel Calmon Dantas, procurador do Estado da Bahia e mestrando pela UFBA, apresenta uma belíssima contribuição para a teoria do processo, pensamento que precisar ser difundido e que vem sendo trabalhado no curso de Teoria do Processo, ministrado por um dos coordenadores desta coletânea, na mencionada universidade: o direito fundamental à "processualização" dos procedimentos.

Três doutorandos em Direito do recém-criado curso de Doutorado da UFBA contribuíram com a coletânea: Ricardo Maurício, professor-assistente na mesma Universidade, tratou do princípio da proporcionalidade, mesmo tema, embora sob outro enfoque, de Sabrina Dourado, professora da FTC e graduada pela UNIFACS; Flávia Pessoa, professora da Universidade Federal de Sergipe, desenvolveu o tema da aplicação dos direitos fundamentais processuais às relações de emprego; Sebastian Mello, professor das Faculdades Jorge Amado, cuidou, também, da garantia do juiz natural, mesmo tema abordado, embora com enfoques distintos, por Edval Borges Segundo, mais novo bacharel em direito pela UFBA, que nos apresenta um trecho do seu trabalho de conclusão de curso.

Elmir Duclerc e André Bonelli, embora não sejam alunos da UFBA, são ilustres processualistas baianos, que foram convidados a participar deste projeto e apresentar as suas contribuições. O primeiro tratou, de maneira sistemática, dos princípios constitucionais processuais penais; o segundo, dos aspectos constitucionais da ação de guarda de filhos.

Eduardo Jordão e Artur Ferrari, egressos do curso de graduação em Direito da UFBA, e atualmente mestrandos na Universidade de São Paulo, enfrentam o polêmico tema da competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos, examinando o posicionamento do STF a respeito.

Pedro Henrique, mestre pela Universidade Federal das Alagoas e participante do grupo de pesquisa coordenado por um dos coordenadores deste livro, apresenta excerto de sua dissertação de mestrado, em que expõe o que ele convencionou chamar de *direito fundamental à jurisdição.*

Arthur Mendes Lobo, advogado e aluno do programa de Mestrado da UNAERP, trata de tema atual, polêmico e importantíssimo para os operadores do Direito: comenta a regulamentação da súmula vinculante. Marta Maria Gomes Silva, do mesmo programa da UNAERP, analisa relevantes aspectos do mandado de segurança, em sede de jurisdição constitucional.

Está lançada, como dissemos logo ao início desta apresentação, a semente da integração entre os programas de pós-graduação da UFBA e da UNAERP.

Trata-se de Universidades de diferentes regiões do país, com linhas de pesquisa distintas, mas, ambas, com objetivos convergentes, ligados ao aprimoramento do estudo do Direito e de suas múltiplas implicações sócio-econômicas e políticas.

Salvador/Curitiba/ Ribeirão Preto, cidades brasileiras, verão de 2007.

Fredie Didier Jr.

Luiz Rodrigues Wambier

Luiz Manoel Gomes Jr.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 11 5/3/2007 12:33:27

Capítulo I
Guarda compartilhada de filhos após a ruptura do casamento/união estável e o direito de convivência (art. 227/CF): subsídios da interdisciplinaridade para a adequada instrução do processo e fundamentação da decisão

*André Bonelli Rebouças**

A guarda dos filhos menores quando da ruptura familiar provocada pela separação ou divórcio litigioso tem sido decidida, de ordinário, segundo a adoção de critérios interpretativos excessivamente literais, focados numa leitura fisiológica do art. 1.584, *caput*, do Código Civil. É preciso porém ter em vista que o tema deve ser tratado conforme os princípios que alicerçam a proteção integral ao interesse do menor que a Constituição consagra, os quais, por sua vez, devem ser colhidos com o necessário auxílio interdisciplinar da psicologia e sociologia, principalmente, considerando os diversos matizes e questionamentos que cercam os atores envolvidos – pais e filhos –, mas tendo a prole como protagonista.

Os pressupostos da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, as suas modalidades e os critérios de racionalidade observados segundo os fatos da causa, são aportes dos quais o juiz se vale para decidir quem dos consortes revela melhores condições de exercê-la (art. 1.584 do Código Civil) ou se ambos concomitantemente – o que seria desejável –, podem fazê-lo no sentido de preservar o direito de convivência (art. 227 da Constituição Federal). Esta escolha reclama, todavia, uma percepção mais ampla do julgador quanto à subjetividade dos envolvidos, exigindo-lhe um conjunto de informações que devem passar por abordagens multidisciplinares associados ao novo desenho constitucional do Direito de Família, sem o que a sua decisão estará desconectada da realidade a ser regulada.

Por isso, rompendo as amarras das tradições, devem os intérpretes do Direito perseguir esses novos enfoques. Como alerta Gustavo Tepedino (2004, p. 307)

> Cuida-se, pois, de uma reconstrução das categorias do direito de família, renovado pelos valores existenciais, processo hermenêutico cuja importância avulta no exame da filiação. A relação parental, com efeito, e em particular a filiação, põe em evidência uma série de situações jurídicas existenciais incompatíveis com

* Mestrando (UCSal). Professor da Faculdade Rui Barbosa e da Universidade Católica do Salvador.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 13 5/3/2007 12:33:27

> o tratamento dogmático tradicionalmente forjado nas relações patrimoniais. Ou seja, estudam-se com freqüência as relações entre pais e filhos a partir da estrutura do direito subjetivo, categoria típica dos direitos patrimoniais e, por isso mesmo, inapto a servir de paradigma para as situações jurídicas existenciais que medeiam o reconhecimento da filiação e a educação dos filhos como processo destinado à afirmação e ao desenvolvimento da personalidade.

Impõe-se que seja verificado, nesse propósito, se a guarda unilateral – aquela que permite a apenas um dos pais a custódia da criança ou adolescente no pós-separação litigiosa –, atende realmente à proteção integral da criança, garantindo-lhe o direito de convivência com os pais, diante do que se pode dar espaço à dignidade dessa pessoa humana em formação, conforme patenteado na Constituição Federal. De igual modo, deve-se visualizar se os mecanismos de instrução processual e as técnicas de interpretação e decisão hoje disponíveis oferecem ao juiz os elementos necessários à correta fundamentação interdisciplinar de sua decisão.

Num primeiro momento é interessante destacar o que boa parte da doutrina e da jurisprudência tem posto em termos da guarda do menor depois da ruptura, em meio a conflitos, da sociedade conjugal. Têm esses segmentos, refletindo o dizer da Lei Civil, enfatizado a guarda unilateral como sendo a mais adequada para os filhos de pais separados que não acordam sobre suas custódias, calcando esse raciocínio, precipuamente, no argumento de que a guarda compartilhada entre os pais seria algo incompatível com a ruptura litigiosa do consórcio conjugal. Sintetizando esse entendimento Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 264) adverte que

> em Direito Civil, a expressão não tem sentido, ou é imprópria, como já alertava Fulchiron, porque o conceito civilista da guarda é indissociável da presença da criança. Enquanto a família permanece unida, a guarda conjunta é perfeitamente admissível. Questionar-se-ia sobre a realidade de tal expressão quando a família já se encontra separada. A separação dos pais e o inevitável afastamento de um dos genitores da presença do filho impediria a guarda conjunta. Guarda conjunta não é guarda, é atribuição de prerrogativas.

Com freqüência, nossos Tribunais têm caminhado na mesma direção (TJRS, ApCv 70005760673, j. 12/03/03; TJRS, ApCv 70002792919, j. 01/11/01), sendo de destacar o acórdão, no mínimo curioso, do TJMG (ApCv 1.0000.00.344568-1/000, DJ 05/02/04) que julga extinto, por impossibilidade jurídica do pedido, o processo no qual o pai pleiteia a guarda compartilhada do filho menor que encontrava-se sob a custódia exclusiva da mãe. Chega-se ao cúmulo, neste caso, de se firmar a convicção de que o ordenamento brasileiro não reconhece nem acolhe o compartilhamento da guarda como modo de garantir o direito da criança de conviver com os pais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 14 5/3/2007 12:33:27

Não é difícil constatar, por outro lado, que a maioria das decisões judiciais, ao unilateralizar a guarda o faz em direção da mãe, menosprezando a figura paterna na formação da subjetividade da criança/adolescente. A um só tempo, essas decisões criam um cruel e pavoroso distanciamento dos filhos em ralação ao pai, imprimindo a este a dor da perda da reciprocidade do amor ante a ausência do convívio. Isto pode ser reflexo de uma cultura em que se superestima o papel da mulher na família, nem sempre para notabilizá-la, mas (nas entrelinhas) para circunscrevê-la, numa visão pejorativa, às prendas e muros domésticos.

Interessantes as observações de Leila Maria Torraca de Brito (2004, p. 360), retiradas dos seus estudos da psicologia em linha de auxílio ao direito,

> Assim, não se pode desprezar o fato de que, na sociedade ocidental, os estudos iniciais sobre a relação materno-infantil indicavam que as mulheres seriam portadoras do instinto materno, determinismo biológico que fixava lugares e atribuições e forjava estereótipos. Definia-se, ainda, que só a expressão do amor materno saberia dosar os cuidados e carinhos necessários ao adequado desenvolvimento infantil. Quento aos homens, eram preparados para zelar pela honra da família, ao mesmo tempo em que eram afastados das tarefas domésticas. Como demonstram os estudos sobre gênero, as desigualdades em relação aos direitos e deveres entre homens e mulheres eram naturalizadas e legitimadas culturalmente. Dessa forma, a fiscalização, prevista inicialmente na legislação como prerrogativa do pai visitante, retratava o mesmo como figura de autoridade, afastado do contexto diário com os filhos e a quem caberia avaliar o desempenho da ex-mulher na promoção do desenvolvimento infantil.
>
> Hoje, percebe-se que o significado do nascimento engloba, além do nascimento de um filho, o nascimento dos genitores nos lugares estruturais de pai e mãe, papéis que aprendemos a desempenhar. Tal condição pode ser enfraquecida, porém, quando a educação da criança passa a ser encaminhada, prioritariamente, pelo genitor responsável pela guarda. Atribuir ao genitor classificado como visitante o lugar prioritário de fiscal contraria as indicações atuais tanto dos documentos internacionais quanto das Ciências Humanas, que recomendam uma ampla aproximação e participação de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos, sendo que o lugar e as funções dos genitores devem ser referendados pelos textos jurídicos.

O modelo unilateral de guarda adotado pela legislação não tende a incrementar tensões e hostilidades entre os partícipes da família? As decisões judiciais estariam recepcionando o direito da criança à convivência familiar de que fala o art. 227 da Constituição? De que mecanismos dispõe o juiz para avaliar, perceber as nuances psico-sociais que se desenham, e decidir sobre qual dos pais deve ser o destinatário da custódia do menor ou em que medida ela deve ser compartilhada? O processo judicial, nos moldes em que está posto, é instrumento verdadeiramente adequado à viabilizar a tutela da guarda no melhor interesse do núcleo familiar?

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 15 5/3/2007 12:33:28

Será que nós juízes, advogados e promotores já paramos para refletir sobre o pensar, o sentir e o viver do filho menor que, a partir da decisão de um estranho a ele, passa a conviver exclusivamente com um dos genitores, sendo-lhe apresentando o outro como um visitante/fiscal? Um visitante que, por força de um excelentíssimo comando judicial, passa a ter poucos dias específicos para vê-lo; escassos turnos para amá-lo, às pressas; limitadas horas para brincadeiras, milimetricamente sistematizadas para não se perder tempo. Se não bastasse, a pedido de genitor guardião, o juiz é instado a aplicar *astreintes* para o genitor visitante que ultrapassa os estúpidos horários pré-fixados, os quais, nesse cenário, se constituiriam em obrigação de fazer não adimplida!

Para equação do problema, um contorno epistemológico – com suporte em Lacan, J. Sebastião Oliveira, Pedro Carcereri, Rolf Madaleno e Grisard, entre tantos outros –, há que circundar o indevido modo usual de fixação judicial da guarda do menor de forma disjuntiva, o que é aferido pelo julgador que nem sempre dispõe, numa perspectiva interdisciplinar, de ferramentas adequadas para decidir. Como se trata de questão multifacetada, a sua abordagem exige a apuração do contexto sócio-antropológico e suas conseqüências sobre a estrutura psicológica do menor e dos pais, fundamentos que o juiz, isoladamente, não alcança.

É em nome do direito de convivência a ser observado por uma ótica interdisciplinar, na crença de uma instrução processual e em técnicas de decisão que possibilitem essa concepção e, ainda, firme em critérios mais eqüitativos para se determinar o presente e o futuro de um ser (ainda) em formação, com reflexos diretos e irreversíveis na construção de sua subjetividade, que se estabelece o fio condutor deste ensaio: o impasse entre as duas convicções aparentemente paradoxais, quais sejam, o direito do filho à convivência familiar e o direito dos pais, após a separação, de tê-los em sua companhia e guarda.

Tendo como pressuposto essa "dupla verdade", que trabalha com sentimentos, emoções, inserções culturais e psíquicas, não se pode negar que a Constituição Federal trouxe ao Direito de Família uma nova tábua axiológica, vertendo seu eixo para a preservação e valorização da pessoa. Exigiu dos intérpretes do Direito uma releitura dos conceitos do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Processo Civil à luz da própria Constituição. Esta é uma nova realidade para o trato dos interesses e conflitos no núcleo familiar. João Baptista Villela (1980, p. 132), denomina de "intinerário da liberdade" essa mudança da família, em razão do aprofundamento afetivo ocorrido no interior do grupo, que lhe deu novo rosto.

Na contemporaneidade, a família está sendo moldada sob novos paradigmas, passando a ser o principal *locus* de construção da realização pessoal de seus

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 16 5/3/2007 12:33:28

membros. Como decorrência dessas mudanças, em contraposição a um quadro outrora pincelado com as linhas do domínio autoritário e ensimesmado dos pais, o menor passou a ser o ponto central da entidade familiar, o seu "novo interlocutor" (PERLINGIERI, 1997, p. 244), e isto com efeitos concretos e importantes em nossas Leis e nosso Direito, no modo de interpretá-los e de aplicá-los. Não é sem razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, destaca o valor intrínseco do menor como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Com o foco mais direcionado para o melhor interesse da criança e do adolescente, é aconselhável a substituição, sempre que for o mais indicado, da guarda unilateral pela guarda compartilhada ou conjunta. Tal modelo denota ainda um forte efeito simbólico: reafirma a necessidade da criança poder estar – disponibilidade –, tanto com a mãe como com o pai, reforçando em si sentimentos de inspiração e aceitação mútuas, tão importantes para a sua construção psíquica. Assim, pai ou mãe não guardião deixaria de exercer o indesejável papel de "visitante" (art. 1.589 CC), o que termina por retirar da família uma de suas mais significativas características: a intimidade do convívio.

Esta salutar intimidade da criança com seus pais, que só a efetiva convivência proporciona, não pode ser ceifada pela sentença que separa judicialmente os casais. O convívio e os seus efeitos devem protrair-se no tempo, infiltrando-se no cotidiano de pais e filhos, inobstante a cessação do matrimônio. No consistente pensar de João Carlos Petrini (2004, p. 51/52)

> …tal é a densidade das experiências da maternidade e da paternidade, da filiação, da fraternidade, que se desenvolvem no ambiente familiar que são destinadas a durar pelo resto da vida. A relação conjugal, mesmo quando interrompida, costuma estender seus efeitos para além do tempo de sua duração. Os vínculos familiares realizam uma relação na qual a pessoa entra com a totalidade da sua existência, de seu temperamento, de suas capacidades e limites, diferentemente do que ocorre com quase todos os outros ambientes da vida, nos quais se estabelecem relações parciais, limitadas a capacidades específicas.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, ressalta a importância da manutenção e continuidade dos laços da criança e ascendente, a fim de preservar o seu bem-estar. Os pais, mesmo que separados pelos seus próprios conflitos, têm o dever de preservar tais laços com os filhos, vínculos que são pilares de vida da pessoa, como destaca Lacan (1996, p. 01) afirmando que "o homem desde antes de seu nascimento e para além da morte, está preso na cadeia simbólica que fundou a linhagem."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 17 5/3/2007 12:33:28

É preciso abrir a mente para os novos conteúdos e significados do poder familiar, locução posta na Lei brasileira (art. 1.630 e segs., CC) que deve ser entendida não como fonte de força acintosa a ser exercida conjuntamente pelos pais, a fim de revelar a igualdade de suas potencialidades no disputado comando da família. Longe disso, esse poder familiar só tem sentido se for tradutor dos melhores interesses dos filhos na direção da dignidade e da cidadania. Será, então, que se poderia extrair dos aludidos dispositivos do Código Civil, numa interpretação conforme a Constituição, o abrigo à guarda compartilhada? Esta é uma provocação que merece reflexões…

Por quê os filhos não podem continuar a ter o direito de serem educados – paz para amar e serem amados –, por ambos os pais após a ruptura litigiosa do casamento? Por quê a esses pais também não é dado o direito de convivência com sua prole? A alteração da estrutura de convivência parental desliza, inevitavelmente, à modificação da relação filial? E como fica o vazio afetivo e a responsabilidade dos pais não guardiões ante a impossibilidade de acompanhar e influir no desenvolvimento da personalidade e na construção do imaginário de seus filhos? Como entender a convivência familiar sob a perspectiva de um direito fundamental de pais e de filhos?

São perguntas que envolvem respostas em mão dupla e os juizes, por mais que queiram, não estão habilitados a compreendê-las sozinhos. Se se devem ser analisados os aspectos jurídicos e psico-afetivos dos filhos, que necessitam de proteção a seus direitos e de acompanhamento quotidiano com orientação, equilíbrio e amor; não se deve também perder de vistas que os pais precisam do convívio terno e contínuo dos filhos. Sem esse caminhar cíclico não se pode pensar na família como um núcleo sadio de formação da pessoa humana. Sem se considerar essa conjuntura não se pode pensar em julgamento justo.

Em uma perspectiva de ampliação e fortalecimento do princípio da paternidade/maternidade responsável, para além de mero enunciado dos preceitos constitucionais, é necessário que os aplicadores do Direito busquem, de fato, o auxílio dos princípios previstos na Constituição, de modo a exortarem a convivência familiar dos filhos com seus pais, como elo estruturador da personalidade, como espaço próprio para a afetividade e embrião do exercício da cidadania.

O Direito, como uma das ciências sistematizadoras das relações intersubjetivas, precisa abarcar para si elementos colhidos da interdisciplinaridade da cultura humana, com vistas a contribuir para melhor aparelhar advogados, promotores e juizes no trato das questões que envolvem a guarda de crianças e adolescentes, quando da ruptura do casamento advinda da separação ou do divórcio.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 18 5/3/2007 12:33:28

É necessário que se compreenda com clareza que a proteção aos reais interesses do menor clama por entender a família como um núcleo que organiza a personalidade e molda o indivíduo para o seu estar na sociedade, donde não se pode pensar que, no caso de falência do matrimônio, os filhos possam ser, necessariamente, alvo de destinação para guarda de um só dos pais, conforme consagra o Código Civil (arts. 1.584/1.588) e insistentemente prescrevem decisões judiciais, porque isto segrega o amor e alveja a estabilidade emocional familiar.

É inconcebível que possa haver apreensão, pela criança, de valores como equidade, reciprocidade, tolerância, generosidade, se o sistema judiciário, com arrimo da Lei Civil, ao formalizar a partilha do matrimônio nas ações de separação/divórcio, realiza a partição do amor e da convivência entre pais e filhos, produzindo uma realidade de conflito, competitividade, insegurança e indignidade para a criança e o genitor não guardião.

O Estado não pode celebrar o dissenso familiar, fruto das decisões proclamadas nos processos judiciais, que deveriam, em essência, promover a harmonia social, o bem estar dos cidadãos e de suas famílas. É preciso que os operadores da atividade jurisdicional "olhem para dentro" das pessoas a fim de que o Direito possa ser aplicado a partir da subjetividade de cada um e com os ajustes sociais/normatizantes que forem adequados. A melhor interpretação da Lei será aquela realizada por esse prisma, onde em derredor do Direito gravitam a psicologia, a sociologia, a antropologia, etc. Não se deve decidir essas questões de modo isolado, afinal, nada é sozinho, senão é nada.

O ECA, entretanto, já sinaliza nessa direção. Num primeiro momento ressalta o dever dos pais (arts. 4º e 19) – dos dois, portanto –, de conviverem com os filhos, sem excepcioná-la no pós separação. Conviver em família é, também, um direito mútuo e recíproco de todos os atores que integram esse núcleo. Por outro lado, os insumos da interdisciplinaridade para o trato da questão, de modo a contribuir para que a prática forense possa conjugar princípios do direito, da psicologia, da sociologia e da antropologia em direção à construção de um ser humano melhor, também não foram esquecidos pelo Estatuto.

Embalado nos novos ventos soprados pela Constituição Federal, aquele Diploma traz para seu texto mecanismos que inovam em termos de instrução processual, melhor aparelhando o juiz para motivar a decisão num cenário que agrega, além do direito, outros *insights* do conhecimento humano. Basta ver que o ECA institucionaliza o que denomina de equipe interprofissional, cuja regulação consta dos seus arts. 150 e 151, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, competindo-lhe, com mais especificidade, fornecer subsídios por

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 19 5/3/2007 12:33:28

escrito, através de laudos, ou informações verbais prestadas em audiência, bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a subordinação do juiz, mas sendo assegurada a equipe multiprofissional a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Esses trabalhos desenvolvidos por sociólogos, assistentes sociais e/ou psicólogos instrumentam o juiz durante todo o processo, prestando-lhe auxílio indispensável para compor os fundamentos da decisão judicial. Isso ocorre, por exemplo, em relação ao estudo psicossocial que indicará para o magistrado os motivos dos quais poderá valer-se para avaliar as condições do pretendente à adoção (§ 1º do art. 51); ou ainda na hipótese em que tiver de decidir sobre a suspensão ou perda do poder familiar, quando poderá o julgador determinar a realização de estudo social ou perícia feita por equipe interprofissional (art 161 e segs.).

O mesmo ocorre para os casos em que o juiz terá que definir os destinos do menor a ser colocado em família substituta, posto que determinará a realização de estudos sociais por equipe interprofissional para fins de estabelecer a guarda provisória da criança/adolescente (arts. 167/168).

Sem esquecer, ainda no campo das inovações processuais trazidas pelo ECA, da inédita possibilidade do próprio juiz re-decidir o mérito do que acabou de sentenciar (art. 198, VII e VIII), o que se traduz numa importante exceção ao princípio do esgotamento da atividade cognitiva previsto no art. 463 do CPC. O que se pode notar é que o Estatuto está atento à nova realidade jurisdicional, que exige que a decisão proferida pelo Juiz seja edificada sobre os vários alicerces do saber humano. A sentença, contém, assim, um composto de elementos da antropologia, da psicologia, da sociologia e também do direito.

Esta construção multifacetada é fruto de uma abordagem zetética desse fenômeno jurídico que envolve a guarda do menor e o seu direito à convivência familiar. O juiz não pode se desvencilhar de questões como o sentimento de perda da criança a quem foi negado o direito de conviver e as conseqüência psicológicas daí advindas. Não pode menosprezar a dor e aflição de ambos, pais e filhos, obrigados a viverem separadamente. Não tem, por exemplo, como avaliar, sozinho, o perfil comportamental, que sinalizam a presença de traços psicóticos, neuróticos ou depressivos do pai ou da mãe a quem não se deve conceder a titularidade da guarda. Não consegue vislumbrar a existência de certos transtornos psíquicos do menor, ocasionados pelo afastamento do convívio de um dos pais. Só a Lei subsidiará o julgador? Mesmo o Direito, apenas com sua dogmática jurídica, auxiliará o juiz a caminhar na direção da justa decisão?

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 20 5/3/2007 12:33:29

Certamente que não. É necessário investigar outros campos do conhecimento humano para associá-los à operação jurisdicional. A propósito, Sérgio Sampaio Ferraz Jr. (2003, ps. 43 e 47)

> É preciso reconhecer que o fenômeno jurídico, com toda a sua complexidade, admite tanto um enfoque zetético, quanto um enfoque dogmático, em sua investigação. Isso explica que sejam várias as ciências que o tomem por objeto. Em algumas delas, predomina o enfoque zetético, em outras, o dogmático. O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história, da filosofia, da ciência política, etc.. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. A zetética jurídica corresponde, como vimos, às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um de seus objetos precípuos. O jurista, em geral, ocupa-se complementarmente delas. Elas são tidas como auxiliares da ciência jurídica *sticto sensu*. Esta última, nos últimos 150 anos, tem-se configurado como um saber dogmático. É óbvio que o estudo do direito pelo jurista não se reduz a esse saber. Assim, embora ele seja um especialista em questões dogmáticas, é também, em certa medida, um especialista nas zetéticas.

Nenhum juiz deve, pois, olhar apenas para a Lei; enxergar tão só os dogmas do direito extraídos dos textos legais ou deles gerador e, assim, imaginar que está decidindo conforme o ideal de justiça. Nem sempre o direito, visto por essa apertada ótica positivista, tem todas as respostas ou oferece todas as soluções. As relações jurídicas-humanas não podem ser resolvidas na perspectiva de quem está observando objetos, mas com o sentido de quem está julgando sujeitos (complexos) e suas condutas. O intérprete deve proceder assim ao apreciar as situações concretas que lhes forem submetidas.

A Constituição da Alemanha deu um grande passo nesse sentido, nos termos do § 3º do seu art. 20, segundo o qual a atividade jurisdicional deve sujeitar-se "à Lei e ao Direito". Isto nos ajuda a colocar as coisas nos seus devidos lugares. O ato de interpretar fatos, condutas e desejos, para sobre eles poder dispor impositivamente, deve ser em conformidade com as Leis mas também segundo um universo de valorações emanadas da ciência humanas, inclusive do direito.

Robert Alexy (2005, p. 53/54), com apoio em pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, faz considerações importantes sobre esse consórcio lei + direito + concepção de justiça da coletividade, que a Constituição daquele país preconiza:

> O Tribunal constata, primeiro, que em relação ao art 20, § 3º, da Lei Fun-damental "o Direito não se identifica com o conjunto de leis escritas". O juiz não está, portanto, "constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 21 5/3/2007 12:33:29

> do legislador dentro dos limites do sentido literal possível". A tarefa do aplicador do Direito pode "exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegam a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. *Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver o problema jurídico de forma justa A decisão judicial preenche, então, essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade".*
>
> Essas considerações do Tribunal Constitucional Federal podem ser consideradas razões jurídicas-constitucionais. (grifamos)

Se, como dito, a lei não cumpre a sua função de resolver o problema de forma justa, seja porque não expressam as valorações emanadas da Constituição seja porque o fazem apenas parcialmente, é indispensável que o juiz atue com olhos fincados na Carta constitucional, mas percebendo-a zeteticamente num necessário recorte interdisciplinar. O que a coletividade consolida como justo é, em regra, fruto da sua cultura, dos valores ético-históricos que cristalizou consciente e inconscientemente. Isto não pode ser desdenhado por quem julga porque quem julga o faz em nome do povo e por ele.

Numa ordem sequencial pode-se afirmar que o individuo integra a família, que, de sua vez, compõe a coletividade como seu elemento estruturador. A boa formação da criança, nessa cadeia indivíduo > família > sociedade, é, portanto, essencial à harmonia das relações sociais. Daí porque a Constituição de 1988 foi tão incisiva ao dispor que a família é base da sociedade (art. 226) e que é dever da família, da sociedade e do Estado – e aí seguramente está incluído o juiz com as decisões que produz –, 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 convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*).

Quando há ruptura da sociedade conjugal e quando, nesse caso, os pais não consensam sobre a guarda do menor, o juiz só determinará, disjuntivamente, com qual dos pais a criança deverá permanecer em custódia (art. 1.584 do Código Civil) se, após criteriosa apreciação da situação fática concreta, realizada sob o ponto de vista interdisciplinar, restar inquestionável que o convívio com um dos genitores é manifesta e incontornavelmente prejudicial à criança ou adolescente. Por isso cremos que o referido dispositivo é tradutor de hipótese excepcional de resolução de conflitos dessa natureza. Diametralmente oposto do que vem decidindo parte da jurisprudência, a norma do Código Civil não pode

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 22 5/3/2007 12:33:29

querer significar que a guarda compartilhada – única possível de proporcionar a garantia do direito à convivência familiar –, só será possível se assim concordarem os pais.

O direito de convivência com a família, e no particular com ambos os pais, é norma de interesse público a ser aplicada pelo juiz, independentemente de requerimento dos genitores. Quem, em última análise, deve conceber aquilo que revela a integral proteção aos anseios do menor, no sentido de preservar os princípios da dignidade da pessoa humana em formação e da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º) é o próprio juiz, o que independe do fato de que a ruptura tenha sido consensual ou litigiosa.

Chegar a decidir como o fez o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme mencionado alhures, entendendo que a pretensão de guarda compartilhada deduzida pelo pai não guardião constitui-se em pedido juridicamente impossível; ou ainda pensar, consoante segmentos doutrinários já referidos, que a expressão para o direito civil não tem sentido ou é imprópria, equivale a ignorar a família como o maior dos fenômenos humanos de coexistência. Raciocinar assim é o mesmo que olhar para a família sem vê-la. Luis Edson Fachin (2002, p. 14/15), com inegável sensibilidade, diz

> A família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico. Mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidades de convivência, na cultura, na história; prévia a Códigos e posteriores a emolduraçõe. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e de seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um *iceberg*. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno.

Como fenômeno que habita as divisas do Direito, mas que também vasa as suas fronteiras, não pode, sob nenhum argumento sensato, ser visto apenas pelos olhos de quem, sem ouvir o coração, pensa o Direito só com o cérebro. Reclama que o exegeta tenha braços mais longos para manusear outros ramos do saber humano, em cooperação constante. O juiz tem o dever, pela letra da Constituição Federal, de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde, inclusive psíquica; à educação, também em seu sentido mais lato de cidadania; ao lazer, como possibilidade de dar asas às brincadeiras que os colocam em estado de felicidade; à cultura, que informa e conforma; à dignidade, que os fazem respeitar o próximo e por ele serem respeitados; e, por derradeiro, à convivência familiar que proporciona à criança/adolescente e a seus pais o aprendizado recíproco do afeto e generosidade. Esse juiz, que tem sobre os ombros o dever/função de assegurar todos esses direitos, não tem como fazê-lo sozinho,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 23 5/3/2007 12:33:29

com o respaldo apenas no seu conhecimento jurídico que carreou das leis.

Para o menor que já sofre a profunda dor (ás vezes inevitável) causada pela separação dos pais, não poder ainda conviver com ambos após a falência matrimonial é impingir-lhe um duplo sofrimento. E mais: o juiz que decide pela unilateralização da guarda, fazendo-o tão só pelo seu ilibado saber jurídico, sem, pois, atentar para esse poliedro de emoções e sentimentos que envolvem pais e filhos, estará atuando com negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão, tudo o quanto a Constituição expressamente abomina e proíbe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* Tradução de Zilda h. Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005;

BRASIL, Código Civil (2002) e Constituição Federal (1988). São Paulo: Saraiva, 2005; Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). RT, 2005.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Guarda Conjunta: Conceitos, Preconceitos e Prática no Consenso e no Litígio.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.* Porto Alegre: Sergio Falis, 2005;

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. *Aspectos Destacados da Guarda de Filhos no Brasil.* Disponível em <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp;

FACHIN, Luis Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Dominação e Decisão.* São Paulo: Atlas, 2002

GRISARD Filho, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um Novo Modelo de Responsabilidade Parental.* São Paulo: RT, 2004.

LACAN, J. Ecrits, apud ALTOÉ, Sônia. *Sujeito de Direito – Direito e Psicanálise.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais.* São Paulo: RT, 2004;

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 24 5/3/2007 12:33:29

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

OLIVEIRA, Jose Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.* São Paulo: RT, 2002;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil.* Tradução de Maria Cristina de Cicco, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997;

PETRINI, João Carlos et al. *Notas para uma Antropologia da Família – Temas Atuais de Direito e Processo de Família.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004;

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família.* Rio de Janeiro: Forense, 2004;

SALLES, Karen R. Pacheco. *Guarda Compartilhada.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004;

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários.* São Paulo: RT, 1994;

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família.* Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1980.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 25 5/3/2007 12:33:29

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 26 5/3/2007 12:33:30

Capítulo II
Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante

*Arthur Mendes Lobo**

Sumário • 1. Introdução. 2. Natureza Jurídica da Súmula Vinculante. 3. A Regulamentação da Súmula Vinculante estatuída pela Lei 11.417/2006. 3.1. Da Legitimidade Ativa. 3.2. Da Proposta ex offício. 3.3. Intervenção de Terceiros nos pedidos de Súmula Vinculante. 3.4. Fases do Procedimento. 3.5. Requisitos para Edição, Revisão ou Cancelamento da Súmula. 3.6. A Inconstitucionalidade da modulação temporal dos Efeitos Vinculantes. 3.7. Da Reclamação como Instrumento de Controle dos Efeitos Vinculantes. 3.7.1 Hipóteses de Cabimento da Reclamação e seus Pressupostos Processuais. 3.7.2 Da Inexistência de Prazo Decadencial para a Propositura da Reclamação. 4. Do Cabimento de Ação Rescisória contra a coisa julgada de sentença que viola literal disposição de Súmula Vinculante. 5. O Provável Aumento de Processos no Supremo Tribunal Federal. 6. Do Cabimento de Medida Cautelar no Pedido de Edição, Revisão ou Cancelamento de Súmula Vinculante. 7. O Efeito Vinculante da Súmula em face das Decisões do Poder Legislativo quando este exerce Atividade Jurisdicional. 8. Modificações nos Procedimentos Administrativos. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde a vigência do Código de Processo Civil, em 11.01.1973, a sociedade brasileira passou por profundas transformações que ocasionaram a sobrecarga no número de processos e, por conseguinte, a lentidão da prestação jurisdicional. Nesse período, a população brasileira aumentou em aproximadamente 100 milhões de habitantes. A nova ordem constitucional garantiu o acesso à Justiça e criou novos mecanismos para o controle judicial dos atos da administração pública. Consolidaram-se os direitos chamados de terceira e quarta geração, bem como os microssistemas de tutela dos interesses metaindividuais e de proteção dos indivíduos hipossuficientes. Novos institutos protegeram especialmente o consumidor, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a criança, o adolescente, o idoso, os deficientes físicos etc.

Conseqüência inevitável foi o aumento progressivo de demandas judiciais. Porém, tal aumento não veio acompanhado do necessário investimento público em infra-estrutura e agentes públicos em número razoável, indispensáveis que são à administração da Justiça.

---

* Mestrando em Direito pela UNAERP/SP; Especialista em Direito Ambiental pela UGF/RJ; Ex-Professor Substituto da PUC/MG e Advogado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 27 5/3/2007 12:33:30

Sem uma musculatura eficiente, leia-se sem a instalação de novos órgãos proporcionalmente ao aumento de processos, o processo judicial tornou-se extremamente moroso, o que gerou, e ainda gera, insatisfação notória dos cidadãos brasileiros.

Com o objetivo de conferir maior celeridade aos provimentos jurisdicionais, o Poder Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, introduziu um novo preceito fundamental na Magna Carta, fazendo-o pela inserção do inciso LXXVIII, in verbis:

> "LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dessa forma, foi positivado o princípio da duração razoável do processo, que confere embasamento jurídico para diversas reformas processuais e procedimentais que se seguiram à publicação daquela emenda.

Sobre o tema, comenta Nelson Nery Junior:

> "A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º) não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário, para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável".

A mesma Emenda Constitucional nº 45/2004 também inseriu em nosso ordenamento a Súmula Vinculante, ao dispor, no art. 103-A, que:

> "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 28 5/3/2007 12:33:30

> julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

A súmula vinculante brasileira inaugura, em todo o mundo, uma nova sistemática que admite a elaboração de normas cogentes, munidas de efeito *erga omnes* e providas de comando genérico e abstrato, assim como são as leis, porém com uma característica peculiar, a de serem elaboradas e editadas pelo Judiciário.

O objetivo do Poder Constituinte Derivado foi conferir maior agilidade aos julgamentos, na esperança de que a súmula vinculante uniformizará os julgamentos e irá inibir a interposição de recursos, pois uma vez aplicado o entendimento da súmula na sentença de primeiro grau, saberá, de antemão, a parte sucumbente que os Tribunais não poderão reformá-la, sob pena de seu acórdão ser objeto de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que a súmula vinculante representa mais uma forma de controle de constitucionalidade, à semelhança do que ocorre com as decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Direta de Constitucionalidade e na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois seu comando não pode ser ignorado por nenhum órgão judiciário ou da administração pública, sob pena de ser decretada, em sede de reclamação, a cassação a decisão judicial ou a anulação o ato administrativo.

Assim, a expectativa do legislador é de que, em razão da regulamentação da súmula vinculante, sua plena aplicação se torne uma realidade hábil a reduzir consideravelmente o número de recursos nos Tribunais e o tempo de vida do processo. Sem ter, obviamente, a pretensão de esgotar o tema, analisaremos, neste breve estudo, alguns requisitos, pressupostos e procedimentos instituídos pelo legislador infraconstitucional através da Lei 11.417, de 20 de dezembro de 2006, e algumas de suas repercussões práticas.

2. NATUREZA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE

Ensina-nos Sálvio de Figueiredo Teixeira que:

> "No plano histórico, a separação do direito inglês do direito romano encontra suas raízes na ocupação da Inglaterra pelos bárbaros.
>
> Destruídos os traços do domínio romano de quatro séculos, consolidou-se com o passar do tempo o sistema implantado, conhecido como common law, calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como civil law, fundado no direito escrito e codificado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 29 5/3/2007 12:33:30

> O common law, também denominado case law, é um corpo de princípios, precedentes e regras, que busca sustentação não em regras fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se do pressuposto de que tais princípios devem ser susceptíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos requeridos pelo progresso da sociedade".

Ao tratar dos fundamentos da *common law*, Leslie Scarman assevera que esse sistema corresponde a "um direito consuetudinário *(costumary law)* desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juizes e tribunais que atuam através dos tribunais".

Para Roberto Rosas, nos países de *common law*, "a decisão judicial em determinado feito constitui um preceito *erga omnes*, que se impõe aos demais casos. É o chamado precedente, que tem força de lei. Sistema viável em Estados sem oscilações políticas e sociais".

Sálvio de Figueiredo Teixeira sintetiza que "no *common law* a regra é a criação do direito pelos tribunais, sob o comando do direito costumeiro, através do *judge-made law* ou *casemade law,* em que tem vigorosa aplicação o chamado *bindingprecedent* (precedente obrigatório) e efetiva presença o instituto da equity".

Entendemos que, muito embora o Direito Brasileiro tenha seguido o sistema romano-germânico, tendo como fonte primária e imediata a lei, adotando-se normas predeterminadas como fonte de obrigação, hodiernamente é possível afirmar que há uma forte tendência de incorporação do sistema da common law ao nosso ordenamento jurídico. Isso porque a Jurisprudência passou a ter maior relevância, tanto para os atos, haja vista os novos requisitos exigidos á interposição de inúmeros recursos, no sentido de não contrariarem súmulas e jurisprudência dominante dos Tribunais, quanto para a vinculação erga omnes de determinadas decisões.

Pode-se dizer que, dentre as fontes do direito brasileiro, a Jurisprudência vem conquistando, a cada dia, maior destaque, tanto no texto constitucional através de emendas que disciplinaram a reforma do Judiciário, quanto nas leis infraconstitucionais, que concretizaram a quarta onda de reforma do Código de Processo Civil.

A origem palavra Jurisprudência deriva do latim juris-prudentia, que significa prudência do direito, tomada a expressão prudência como virtude intelectual voltada para a prática, para a ação honesta, leal e justa.

Ensina-nos Miguel Reale que, no Brasil, o conceito de jurisprudência quer significar a "prática dos tribunais", quando caracterizada por certa continuidade,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 30 5/3/2007 12:33:30

isto é, "forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais".

Roberto Rosas considera a jurisprudência como "um código norteador das decisões a seguir (...) a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina, etc".

Importa, notar desde já que, em determinadas situações, o confronto entre Jurisprudências dos Tribunais ou entre a Jurisprudência e os Órgãos da Administração Pública, pode provocar, preenchidos os requisitos legais, pedido de edição de súmula com efeito vinculante e erga omnes, instituto que será analisado nos próximos capítulos. Assim, pode-se afirmar que a súmula vinculante é fonte de direito, situada no mesmo nível hierárquico que a lei.

Equivale dizer, que, diante dos efeitos vinculantes e erga omnes, em sendo declarada inconstitucional uma lei pela súmula vinculante, passaram a vigorar os dispositivos desta, imediatamente após a sua publicação. De outro modo, se uma súmula vinculante for contrariada por lei que lhe é posterior, as disposições daquela deixarão de prevalecer, passando a vigorar os termos da lei nova, pelo menos até que nova súmula seja editada tratando da matéria.

Fica clara a grande inovação da Súmula Vinculante em nosso ordenamento jurídico, eis que ela confere nova roupagem ao sistema brasileiro, que passa a ter maiores semelhanças com o sistema anglo-saxão, já que os operadores do direito terão de dar mais valor às casuísticas dos Tribunais, em razão dessa nova fonte do direito.

Até se poderia pensar, num primeiro momento, que é inconstitucional a idéia de se inserir em nosso ordenamento uma súmula com efeito vinculante e erga omnes, eis que ela ofenderia cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, prevista no art. 5º, inciso II, segundo a qual: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Porém, nos parecer que este dispositivo não traz a exigência de lei em seu sentido formal, mas sim genericamente considerada. E ainda que assim não o fosse, havendo autorização expressa na Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e em lei formal, nada impede a imposição de obrigações, diante da delegação prévia do Poder Legislativo, à semelhança do que ocorre com as leis delegadas, medidas provisórias e atos administrativos que emanam normas gerais.

Ficamos, pois, com Francesco Carnelutti quando assevera que: "o processo jurisdicional pode servir também para a formação de comandos novos, gerais ou

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 31 5/3/2007 12:33:30

particulares. Nesta acepção, o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação".

Entendemos que a súmula vinculante tem natureza jurídica de fonte do direito, por ser uma jurisprudência sistemática, pois na lição de Norberto Bobbio:

> "É freqüente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu em compasso com a jurisprudência exegética a da jurisprudência sistemática, ou, em outras palavras, quando a jurisprudência se elevou ao status de ciência, tornando-se sistemática ".

Para se chegar à jurisprudência sistemática, é necessário desenvolver analiticamente, mediante regras pré-estabelecidas, alguns postulados iniciais, provenientes de julgamentos de casos concretos, com base em semelhanças, para então formar conceitos cada vez mais gerais, para chegar a conceitos generalíssimos que permitam unificar a interpretação quanto a determinado tema.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam súmula como sendo "o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas in abstracto que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional".

Os mesmos doutrinadores comentam que "o ordenamento permite que coexistam duas súmulas no STF: a) vinculante; e b) não-vinculante ou simples" conforme se atenda ou não os requisitos impostos pela Constituição Federal.

Mas o que seria esse efeito vinculante da súmula ora analisada?

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que "a eficácia erga omnes e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos". Para ele "o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos é instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 32 5/3/2007 12:33:31

paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: *Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht)*, 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja inter partes ou *erga omnes*)".

Concordamos com esse posicionamento, pois veremos adiante que, quando se trata da chamada Súmula Vinculante, objeto do presente estudo, a obediência aos seus comandos hão de ser seguidos por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Porém, resta indagar se a súmula vinculante realmente tem o condão de impedir o Legislativo de editar lei nova que contrarie o fundamento daquela súmula, pois como vimos na lição de Gilmar Mendes o efeito vinculante obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

Em um primeiro momento, poderia parecer que contrarie o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Separação-Divisão dos Poderes por impedir o Legislativo de desenvolver a sua função precípua. Entretanto, com os novos contornos doutrinários do Tribunal Constitucional e da nova teoria da divisão dos Poderes, tendemos a afirmar que, sim, o efeito vinculante obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição. Vejamos o porquê:

Cappelletti aponta a necessidade de um judiciário distinto do tradicional, ressaltando que "(...) a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais - tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo - não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador".

Américo Bedê Freire Júnior assevera que, hodiernamente, há uma grande preocupação tanto jurídica, quanto política, de se criar um novo perfil para a

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 33 5/3/2007 12:33:31

atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais. Para ele "É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas sim no princípio da Constitucionalidade dos atos".

Ainda na lição de Américo Bedê Freire Júnior, "o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O Juiz não é a mais a simples boca da lei, mas sim intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada a nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe; ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias. Para o cumprimento desse mister é indispensável vislumbrar no princípio da separação de funções não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição".

Segundo o jurista Fernando Paulo Suordem: "na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável".

Percebe-se, portanto, que, sob a nova ótica do princípio da divisão das funções estatais, o Judiciário merece as atribuições que lhe serão outorgadas pela Constituição para instituir súmulas de efeito vinculante, justamente para defender os preceitos da própria Constituição.

Cumpre esclarecer, ainda, que o efeito vinculante da súmula brasileira diverge do efeito vinculante do direito alemão porque o primeiro abrange matéria de mérito e processual, enquanto que o segundo apenas matéria de mérito.

É o que ensina Gilmar Ferreira Mendes:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 34 5/3/2007 12:33:31

> "De imediato, impende ressaltar que a doutrina constitucional somente reconhece efeito vinculante às decisões de mérito (Sachentscheidungen) proferidas pelo Bundesverfassungsgericht. O efeito vinculante não imanta julgados de caráter exclusivamente processual, não abrangendo, por isso, decisões de simples caráter interlocutório".

Entendemos que, diversamente do Direito alemão, nada obsta que a súmula vinculante brasileira estabeleça norma processual, por exemplo, determinando que no cumprimento de sentença o devedor deverá ser intimado pessoalmente para pagamento.

Constata-se, pois, que em razão do efeito vinculante, tanto os princípios extraídos da parte dispositiva da Súmula, quanto os fundamentos determinantes da decisão, vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros, razão pela qual ela não pode ser aplicada indevidamente, ou seja, é inadmissível interpretação diversa daquela proferida nos votos vencedores dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, salvo na hipótese de revisão ou cancelamento por esta Corte Constitucional.

Analisaremos, a seguir, as regras pré-estabelecidas da súmula vinculante, partindo da Constituição Federal.

3. A REGULAMENTAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL

A Lei 11.417, de 20 de dezembro de 2006, terá vigência a partir da vacatio legis, isto é, a partir de 20 de março de 2007.

Ela dispõe sobre a edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes, regulamentando o art. 103-A da Constituição Federal. Vejamos, portanto, os seus principais postulados, para melhor entender o procedimento e os aspectos gerais desse novo instituto.

3.1. Da legitimidade ativa

Podemos dividir os legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante em dois grupos distintos: i) legitimados para pedido direto ou concentrado; e ii) legitimados para pedido incidental ou difuso.

Por legitimados para pedido direto ou concentrado, entende-se aqueles que podem pedir a edição, revisão ou cancelamento sem que, necessariamente, tenham que figurar como parte em demanda na qual se discuta, in concreto, a matéria a ser sumulada.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 35 5/3/2007 12:33:31

Equivale dizer, não é necessário que tais legitimados sejam litigantes em uma ação autônoma para interpor esse pedido.

Os legitimados para pedido direto de súmula vinculante estão arrolados nos incisos do art. 3º, da Lei 11.417/06, in verbis:

> "Art. 3º São legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante:
>
> I – o Presidente da República;
>
> II – o Advogado-Geral da União;
>
> III – a Mesa do Congresso Nacional ou de suas Casas;
>
> IV – o Procurador-Geral da República;
>
> V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
>
> VI – o Defensor Público-Geral da União;
>
> VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
>
> VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
>
> IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
>
> X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
>
> XI – o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal;
>
> XII – o Procurador Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;
>
> XIII – o Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;
>
> XIV – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares".

Note que todos os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, arrolados nos incisos do art. 103 da Constituição Federal também foram legitimados diretos à propositura da súmula vinculante.

De outra feita, o Município é o único ente legitimado para pedido incidental ou difuso, pois somente poderá requerer a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante incidentalmente ao curso de processo em que seja parte.

Uma questão que vem a lume é saber se este processo deve necessariamente referir-se a feito da competência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, recurso extraordinário, ou se o pedido de súmula vinculante pode se dar na

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 36 5/3/2007 12:33:31

pendência de qualquer processo em trâmite em qualquer juízo ou tribunal do país, bastando que a matéria a ser sumulada esteja sendo discutida no caso concreto.

Quer nos parecer que a melhor exegese da norma é no sentido de autorizar o pedido incidental do Município que atue como parte em qualquer processo, e não necessariamente em processos que tramitem no Supremo Tribunal Federal (recurso, medida cautelar, suspensão de segurança, ações de competência originária etc). Isso porque, onde a lei não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Por outro lado, dispõe o §1º, do art. 3º, que havendo pedido incidental do Município, o julgamento do processo principal envolvendo concretamente a matéria a ser sumulada não poderá ficar suspenso até que seja acolhida ou rejeitada a edição do enunciado vinculante.

Porém, entendemos que, se for necessária a suspensão do processo principal para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, o relator do pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante deve sobrestar o feito até a apreciação do pedido formulado pelo Município.

Em que pese a lei dispor que o pedido incidental do Município de edição, revisão ou cancelamento de súmula não autoriza a suspensão do processo, entendemos que o julgamento do feito principal deverá, sim, ser suspenso para evitar, em casos excepcionais, prejuízo de difícil reparação.

Imaginemos, v.g., um Município que pleiteia o cancelamento de uma súmula que se mostra eivada de inconstitucionalidade. Acaso o processo principal prossiga e venha a ser julgado antes do cancelamento da súmula, este de pouco adiantará, posto que a súmula inconstitucional já terá sido aplicada e talvez até a decisão já tenha transitado em julgado.

3.2. Da proposta *ex offício*

Tanto no texto constitucional (art. 103-A, caput), quanto no texto da Lei 11.417/06 (art. 2º) há previsão de propositura de ofício da Súmula Vinculante.

Teria essa previsão violado o princípio da inércia do Judiciário?

Entendemos que não, pois o que o Judiciário não pode é diligenciar em favor da parte, buscando soluções para casos concretos. Nada o impede, contudo, de pretender que as decisões judiciais e administrativas sejam sumuladas de modo

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 37 5/3/2007 12:33:32

a unificar determinado entendimento, para assim fortalecer a aplicação desse entendimento para conferir celeridade aos processos e evitar decisões conflitantes que invariavelmente maculam a imagem do Judiciário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal como guardião maior da harmonia da Constituição Federal não poderia permanecer inerte diante das normas e decisões polêmicas que violam ou arriscam violar a sua disposição.

Lado outro, não justifica deixar que perdurem incongruências nos provimentos dos Tribunais pátrios, pois isso viola o princípio da segurança jurídica.

Resta saber se o pedido ex officio de aprovação, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante pode ser realizado por qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal ou se necessitaria de aprovação da respectiva Turma.

Pensamos que, ante a omissão da Constituição Federal e da Lei 11.417/06, qualquer Ministro do STF, individualmente, tem legitimidade para proposição direta e concentrada da súmula vinculante, pois estará tratado de discussão abstrata e genérica, sem adentrar na relação fática de determinada demanda.

3.3. Intervenção de terceiros nos pedidos de súmula vinculante

Dispõe o art. 3º, §2º da Lei 11.417/06, in verbis:

> "§2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

Em que pese a questão da intervenção de terceiros ainda ser objeto de regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, entendemos que por se tratar de matéria processual, não poderá o órgão jurisdicional restringir de qualquer forma a participação de qualquer terceiro que demonstre interesse jurídico ou econômico na edição, revisão ou cancelamento da súmula.

No texto originário do Projeto de Lei 6.636/06 que deu origem à Lei 11.417/06, o artigo supramencionado continha a expressão "o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros, mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão".

Assim, a despeito de o texto originário não ter prevalecido quando da publicação da Lei 11.417/06, entendemos que a mera supressão da caracterização do terceiro interveniente não lhe retira a prerrogativa de intervir no pedido de súmula vinculante, ainda que seu interesse seja meramente econômico e não estritamente jurídico.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 38 5/3/2007 12:33:32

Acaso a matéria seja regulamentada de modo diferente, no regimento interno da Suprema Corte, entendemos que haverá ofensa à Constituição Federal, pois a legitimidade ad causam do terceiro interessado é matéria reservada à lei, e se a lei não limitou explicitamente os requisitos desse terceiro, devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

3.4. Fases do procedimento

O procedimento é inaugurado por ofício de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou por petição inicial do co-legitimado.

Caso a inicial não tenha sido intentada pelo Procurador-Geral da República, este obrigatoriamente será intimado para proferir parecer.

Colhida a manifestação do Procurador-Geral da República, e a eventual manifestação de terceiros, o pedido seguirá para o Plenário, que para a votação deverá ter a presença de no mínimo 8 (oito) Ministros, do contrário o julgamento será suspenso, até que compareça o número mínimo retro mencionado, para a prolação da decisão num ou noutro sentido.

No prazo de 10 (dez) dias após a sessão que aprovar, rever ou cancelar a súmula, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União o respectivo enunciado.

3.5. Requisitos para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

Para fundamentar o pedido de edição da súmula vinculante, o legitimado deve demonstrar que a matéria a ser sumulada é de cunho eminentemente constitucional, isto é, viola, nega vigência ou interpreta a Constituição Federal de forma direta.

Além disso, deve demonstrar que há controvérsia atual entre órgãos judiciários, para enfocar a necessidade e relevância da uniformização da jurisprudência, pois pelo Princípio da Unidade da Jurisdição e também da Segurança Jurídica, a coesão dos provimentos é medida que se impõe, a cada dia com maior intensidade, para afastar a imagem social de um Judiciário moroso, ineficiente e incoerente.

Veja que a controvérsia entre órgãos judiciários deve ser atual, isto é, não se pode utilizar precedentes antigos, cujo entendimento já tiver sido superado por outro de mesma instância ou de instância superior. Não há um prazo razoável para inferir essa atualidade, devendo ser analisada caso a caso.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 39 5/3/2007 12:33:32

Outra hipótese em que se admite o pedido de edição da súmula vinculante é quando houver controvérsia atual entre órgãos judiciários e a Administração Pública.

Outro requisito é que as referidas controvérsias devem acarretar grave insegurança jurídica.

Entendemos que toda insegurança jurídica é grave, mas se o legislador fez constar esse adjetivo não o fez sem objetivo, já que a lei não traz palavras inúteis. Pensamos que a gravidade da insegurança jurídica há de ser demonstrada para que seja feito um juízo de admissibilidade prévio pelo Relator, pois, do contrário seriam colocadas em pauta situações de pouca ou nenhuma repercussão social.

Finalmente, exige-se a comprovação de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ao nosso sentir teria sido mais razoável que a norma tivesse usado a expressão "controvérsia que tenha acarretado ou venha acarretar relevante multiplicação de processos". Isso porque não raras vezes estaremos diante de decisões da Administração Pública em confronto com algumas poucas decisões judiciais, mas já se podendo antever que tais decisões irão se multiplicar progressivamente.

Finalmente, exige-se a demonstração de que a matéria objeto da súmula tenha sido decidida reiteradas vezes. O termo "reiteradas decisões", previsto no caput do art. 2º da Lei 11.417/06, nos confere a idéia de que a matéria constitucional a ser sumulada, ainda que se mostre controvertida entre os órgão jurisdicionais ou entre estes e a administração pública, deverá, também, ter sido objeto de varias decisões.

Portanto, é inconcebível uma súmula vinculante tratando de normas recentemente introduzidas no ordenamento jurídico, pois faltaria o requisito das reiteradas decisões de enfoque constitucional.

Entendemos que não necessariamente essas reiteradas decisões devam ser oriundas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, como por exemplo, invocando-se acórdãos divergentes proferidos em Recursos Extraordinários. Entendemos ser possível admitir, por exemplo, o processamento do pedido de súmula vinculante diante de controvérsia entre julgados de Tribunais Estaduais ou entre esses e julgados do Superior Tribunal de Justiça, desde que eles envolvam matéria constitucional.

No mesmo sentido, entendemos que é cabível um pedido de edição de súmula vinculante diante de decisões administrativas que reiteradamente versarem sobre comandos contidos na Constituição Federal.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 40 5/3/2007 12:33:32

3.6. A inconstitucionalidade da modulação temporal dos efeitos vinculantes

Quando se trata de definir o momento da eficácia de uma decisão proferida em controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado o seguinte entendimento:

> "A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia 'ex tunc' (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional".

Nota-se, pois, que no controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, o Supremo Tribunal Federal pode flexibilizar o momento em que a sua decisão produzirá efeitos, ou seja, pode fixar uma data, antes da qual determinada norma ainda será considerada constitucional e após a qual a norma será retirada do ordenamento jurídico vigente.

Já no que tange ao marco inicial da produção dos efeitos da súmula vinculante, a Lei 11.417/06, aplicou a mesma técnica de modulação temporal dos efeitos. Senão vejamos:

> "Art. 4º. No procedimento para edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa".

Porém, entendemos que esse dispositivo é inconstitucional. Vejamos porque:

Vimos que o legislador tentou conferir à Súmula Vinculante o mesmo tratamento dado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF/88) e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 41 5/3/2007 12:33:33

Entretanto, não se pode olvidar que essas ações não tiveram marco inicial para a produção de seus efeitos regulado expressamente pela Constituição Federal.

No caso específico da Súmula vinculante a Constituição Federal foi bastante clara ao fixar o marco inicial desses efeitos, dispondo que eles serão produzidos "a partir da publicação na imprensa oficial" (art. 103-A, caput), razão pela qual, não pode o legislador criar a possibilidade de se proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da súmula vinculante.

Se a própria Lei 11.417/2006 determina, em seu art. 2º, §º, que a publicação deve se dar até 10 (dez) dias após a sessão que houver julgado o pedido de edição, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante, não há como permitir a fixação de outro marco inicial para a geração de seus efeitos no mundo jurídico.

Em outras palavras, se a Constituição Federal determina que os efeitos vinculantes serão gerados a partir da publicação oficial da mencionada súmula, não pode a lei infraconstitucional autorizar que o Supremo Tribunal Federal decida que a Súmula só terá eficácia "a partir de data certa".

De acordo com o art. 4º da Lei 11.417/2006, sendo julgada e editada uma súmula ela teria efeitos vinculantes na data fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que poderia ser posterior à data de publicação. E por não fazer coincidir, necessariamente, a data inicial dos efeitos vinculantes com a data de publicação, como estabelece a Constituição Federal, o aludido art. 4º se mostra inconstitucional.

3.7. Da reclamação como instrumento de controle dos efeitos vinculantes

Com o escopo de assegurar a autoridade das decisões o Supremo Tribunal Federal, o interessado pode utilizar de instrumento de defesa processual denominado reclamação.

Desde a promulgação da Constituição Federal, a reclamação é prevista no art. 102, inciso I, alínea "l", in verbis:

> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (...)"

No que tange especificamente à súmula vinculante, cumpre dizer que a Emenda constitucional 45/2004, introduziu o instituto da Reclamação no art. 103-A, §3º, ao dispor que:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 42 5/3/2007 12:33:33

> "§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

3.7.1. Hipóteses de cabimento da reclamação e seus pressupostos processuais

Note-se que o interessado-reclamante pode ser prejudicado: i) pela não aplicação da súmula vinculante; ii) pela sua aplicação indevida.

No primeiro caso, o objetivo da reclamação é fazer com que o juiz, tribunal ou autoridade administrativa aplique a súmula. Aqui resta indagar se a obrigatoriedade de aplicação da súmula se estenderia também aos fundamentos jurídicos que levaram à sua edição.

Imagine, v.g., que uma determinada súmula declare inconstitucional a lei "x" por violação ao princípio do contraditório. Posteriormente, o legislador edita a lei "y", revogando expressamente a lei "x", porém trazendo exatamente o mesmo preceito declarado inconstitucional pela súmula. Nesse caso, entendemos que, muito embora a súmula não tenha aplicação direta e literal por se tratar da lei "x" já revogada, ela terá aplicação pelos seus fundamentos jurídicos. Logo, a lei "y" não poderá ser aplicada pelos órgãos judiciários e pelas esferas da administração pública, diante da sua inconstitucionalidade. Assim, pensamos que os fundamentos da súmula também são vinculantes.

Outra hipótese de cabimento da reclamação é quando a aplicação da súmula é indevida. Imaginemos, por exemplo, que uma determinada súmula exija licitação nos contratos celebrados com a administração pública direta, que em um caso concreto o juiz aplique a referida súmula na contratação celebrada por sociedade de economia mista. Aqui, teremos uma aplicação indevida da súmula vinculante, que poderá ser atacada via reclamação no Supremo Tribunal Federal.

Repare que, em ambas hipóteses, ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal não substituirá a decisão anulada, mas apenas declarará sua nulidade e determinará que o juiz ou autoridade administrativa que a prolatou, profira novo julgamento. É o que se vê da parte final do §3º, do art. 103-A da Constituição Federal, reiterada, ipsis litteris, no §2º art.7º da lei 11.417/2006.

Quanto aos pressupostos de cabimento da reclamação, temos que destacar que, nos termos do §1º, do art. 7º da lei 11.417/2006, "contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 43 5/3/2007 12:33:33

Permissa venia, esse pressuposto não nos parece ser absoluto e merece ser analisado com cautela. Isso porque diante de decisão administrativa recorrível, porém não sujeita a efeito suspensivo, pode o particular sofrer dano irreparável ou de difícil reparação. Assim entendemos que, muito embora o particular ainda não tenha esgotado as vias administrativas, se a decisão que lhe for desfavorável ofender o enunciado da súmula vinculante e o recurso administrativo não tiver efeito suspensivo, terá o particular-recorrente direito à reclamação. Do contrário haveria ofensa à ampla defesa. Mesmo porque o §3º, do art. 103-A, da Constituição Federal dispõe que do ato administrativo que contrariar súmula ou indevidamente a aplicar caberá reclamação.

A Constituição Federal não previu nenhum pressuposto no sentido de que ato tenha que ser irrecorrível na seara administrativa. Equivale dizer, não pode o legislador infraconstitucional restringir a utilização do instituto da reclamação, principalmente se o Poder Constituinte Derivado, que poderia, decidiu não fazê-lo. Portanto, entendemos que a reclamação é, sim, cabível antes de esgotadas as vias administrativas, quando a exaustão dessa via representar periculum in mora para o postulante.

Basta imaginar, por exemplo, um segurado que pleiteia administrativamente junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social um benefício previdenciário cuja obrigatoriedade de pagamento já fora prevista em súmula de efeito vinculante. Suponhamos que na esfera administrativa esse segurado tenha seu pedido indeferido. Mesmo que ele recorra administrativamente, teria de aguardar vários meses sem receber seu benefício até esgotar as vias administrativas. Ora, nessa hipótese, o pressuposto de admissibilidade da reclamação mostra-se inconstitucional.

Em que pese sabermos que a teor do art.7º, caput, in fine, existir previsão de que seriam cabíveis outros meios de defesa, tais como o mandado de segurança, medidas cautelares e outros recursos judiciais, não nos parece condizente com a ampla defesa, suprimir ou restringir a reclamação nos casos excepcionais que aqui suscitamos, já que o Supremo Tribunal Federal deve preservar a autoridade da súmula vinculante contra todas as decisões, sejam elas definitivas ou provisórias, principalmente quando essas últimas causarem risco de lesão irreparável ou de difícil reparação.

3.7.2. Da inexistência de prazo decadencial para a propositura da reclamação

Ao contrário do mandado de segurança, a reclamação contra decisão que confronta súmula vinculante não tem prazo decadencial.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 44 5/3/2007 12:33:33

Porém, entendemos que em se tratando de reclamação contra decisão judicial, ela não poderá ser proposta após o trânsito em julgado, sob pena de a decisão anulatória do Supremo Tribunal Federal ofender a coisa julgada material.

4. DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA COISA JULGADA DE SENTENÇA QUE VIOLA LITERAL DISPOSIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE

Questão interessante é saber se após o trânsito em julgado da decisão que contrariou a súmula vinculante, caberia ação rescisória. Para chegar a uma resposta razoável deve-se verificar os termos do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, in verbis:

> "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
>
> V - violar literal disposição de lei".

Muito embora o inciso V, supra mencionado, não contemple expressamente a súmula vinculante, entendemos que ela merece o mesmo tratamento por ser fonte primária do direito, com eficácia genérica e erga omnes, à similitude dos comandos legais.

Portanto, é possível que uma sentença de mérito, transitada em julgado, que violar literal disposição de súmula vinculante venha a ser rescindida.

5. O PROVÁVEL AUMENTO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma repercussão prática preocupante da súmula vinculante refere-se ao aumento considerável do número de Reclamações que serão interpostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao permitir que o interessado impugne tanto decisões judiciais, quanto administrativas mediante Reclamação, ainda que cabíveis outros meios e recursos, a Emenda Constitucional 45/2004, permitiu que todos os cidadãos e pessoas jurídicas tenham acesso direto ao Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que, muito embora essa seja uma forma democrática de controle constitucionalidade difuso e de preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal, ela pode vir a agravar a morosidade do Judiciário e também encarecer o provimento jurisdicional, pois imagina-se que os Ministros do Supremo terão de julgar dezenas de milhares de reclamações e recursos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 45 5/3/2007 12:33:33

Ao nosso sentir, melhor seria se a Emenda Constitucional 45/2004 tivesse adotado a reclamação como meio subsidiário de controle, ou seja, se a sua admissibilidade estivesse condicionada à impossibilidade de impugnação da decisão que violou a súmula através de mandado de segurança, recursos, medidas cautelares etc. Se assim o fosse, os demais órgãos judiciários poderiam suspender a decisão contrária à súmula vinculante, evitando o congestionamento de processos no Supremo Tribunal Federal, o qual julgaria reclamações apenas em última hipótese.

6. DO CABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR NO PEDIDO DE EDIÇÃO, REVISÃO OU CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE

De acordo com o disposto no art. 6º da Lei 11.417/2006, "a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão".

À primeira vista, nota-se que o legislador pretendeu evitar que a mera interposição do pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante não tivesse o efeito de suspender os processos em trâmite.

Porém, não nos parece condizente com o princípio do poder geral de cautela, interpretar o aludido dispositivo de modo a alegar que não caberia pedido cautelar para suspender os processos em curso. Isso porque as tutelas de urgência do processo autorizam que, na iminência de grave risco de dano irreparável ou de difícil reparação, inúmeras medidas sejam tomadas para assegurar a utilidade do processo principal, inclusive a suspensão deste, ou quando não, apenas dos juízos decisórios.

Com efeito, parece-nos perfeitamente viável formular já no pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, cumulativamente, pedido de medida cautelar, requerendo a suspensão dos processos em que se discuta a questão semelhante à debatida, obviamente desde que preenchidos os requisitos da fumus boni iuris e do periculum in mora.

Assim, por exemplo, o Ministro Relator do pedido de revisão de súmula vinculante pode determinar, liminarmente, que a súmula não seja aplicada, por visualizar que, em determinado caso concreto, a sua aplicação está ensejando inconstitucionalidades irreparáveis ou de difícil reparação que não foram previstas quando da edição da mesma súmula.

A exemplo do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, por força do art. 102, inciso I, alínea 'p', entendemos que o pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante pode, em casos excepcionalíssimos, ser

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 46 5/3/2007 12:33:33

cumulado com pedido de medida cautelar para a suspensão de processos em que se discuta a mesma questão.

7. O EFEITO VINCULANTE DA SÚMULA EM FACE DAS DECISÕES DO PODER LEGISLATIVO QUANDO ESTE EXERCE ATIVIDADE JURISDICIONAL.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery "os órgão do Poder Legislativo, quando exercem atividade jurisdicional stricto sensu (e.g. CF 52, I e II), não está sujeito aos efeitos vinculantes da súmula do STF porque exerce o controle político privativo das atividades jurisdicionais que lhe são cometidas pela CF".

A atividade jurisdicional do Senado Federal, citada no exemplo de Nery et Nery, tem disciplina nos incisos I e II, do art. 52, da Constituição Federal, ambos introduzidos pelas emendas constitucionais nº 23/99 e 45/2004, respectivamente, que assim dispõe:

> "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
>
> I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
>
> II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;"

Nota-se que, a teor dos mencionados dispositivos, compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar as autoridades por eles elencadas.

Pelo teor do art. 103-A, caput, da Constituição Federal aplicação da súmula terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

É necessário frisar que o texto constitucional não incluiu nesse rol as decisões emanadas do Poder Legislativo, razão pela qual concordamos com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Não fosse assim, a aplicação da súmula interferiria diretamente no ato de processar e julgar, por exemplo, as autoridades mencionadas no art. 52, I e II, da Constituição Federal, eis que vincularia a fundamentação das decisões do Senado Federal, o que desvirtuaria o Princípio da Divisão dos Poderes.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 47 5/3/2007 12:33:34

8. MODIFICAÇÕES NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

A Lei 11.417/06 introduziu modificações na Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre os processos administrativos do âmbito da administração pública federal.

Pelos novos dispositivos, a autoridade administrativa que deixar de aplicar ou aplicar incorretamente a súmula vinculante ao receber o recurso administrativo deverá explicitar as razões de sua decisão, acaso não exerça o juízo de retratação.

Do mesmo modo, a autoridade competente para julgar o recurso administrativo deverá explicitar as razões pelas quais não aplicará a súmula vinculante ou, conforme o caso, as razões pelas quais irá aplicá-la ao caso concreto.

Entendemos que tais inovações legislativas contemplam o princípio da publicidade dos atos da administração pública, estatuído no art. 37, caput, da Constituição Federal. O dever de motivar as decisões do Poder Público ganha reforço na Lei 11.417/06 e permite que o particular saiba exatamente as razões da aplicação ou não aplicação da súmula vinculante, para que, querendo, maneje a ação adequada ou a reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal.

De outra feita, a obrigação direcionada à autoridade administrativa faz com que ela não ignore o postulado contido na súmula vinculante, devendo observá-la, ainda, que deseje decidir em sentido oposto.

Outro dispositivo introduzido na Lei 9784/99 dispõe que, em sendo acolhida a reclamação contra decisão de autoridade administrativa, esta será cientificada para obedecer ao enunciado da súmula vinculante não apenas no caso concreto que ensejou a reclamação, mas em todos os casos que lhe forem semelhantes.

9. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto concluímos pela constitucionalidade da súmula vinculante, por nos parecer que ela não viola o Estado Democrático de Direito.

Comungamos com Maria Helena Diniz, segundo a qual "a decisão do juiz não é incondicionada, pois as suas valorações ou estimações não são projeções do seu critério axiológico pessoal, uma vez que ele emprega como critérios avaliativos as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação com as situações fáticas que deve solucionar tendo em vista o momento atual. Não há uma criação livre, sem freios, porque o próprio direito é uma projeção necessária de estrutura social, valorativa e normativa em que se integra.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 48 5/3/2007 12:33:34

Toda sentença pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico (entendido em seus subconjuntos) em que se apoiou".

Há de ser sopesado, outrossim, que:

> "O indivíduo não foi feito para o Estado, mas sim o Estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para a sua felicidade. Nesta doutrina, não existe o Estado que cria o direito, mas o Estado que o descobre, reconhece, determina, aplica, sanciona, pondo a seu serviço a coação física. A fonte mais profunda do direito não é a vontade do Estado, mas a exigência da razão, a consciência moral e jurídica da humanidade, o reflexo da imagem divina impresso na alma humana, aquela projeção da lei eterna, donde se origina aquele código natural, anterior e superior a todos os códigos. O direito não nasce com o Estado, mas com o homem. Escrito ou consuetudinário, não deixou nunca de acompanhar o homem. Existe para servir o homem, como também para servir o homem existe o Estado".

Ressalvamos a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 11.417/2006, já que prevê a modulação temporal dos efeitos da súmula vinculante, enquanto que o marco inicial desses efeitos é expressamente regulado pelo caput do art. 103-A, da Constituição Federal.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria General de Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 194.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito.* Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas do Direito.* 2ªed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. 294.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm>. Acesso em: 28.12.2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>. Acesso em: 07 nov. 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 49 5/3/2007 12:33:34

MACHADO, Edgar Godoy da Matta. *Elementos de teoria geral do direito.* Rio de Janeiro: Veja, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 300.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim.* 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 152

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* São Paulo: Saraiva, p. 167.

Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/50627,1>. Acesso em 06/12/2006.

SCARMAN, Leslie. *English law - The new dimension,* Porco Alegre: Fabris, 1977.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA.* 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura.* Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1916>. Acesso em 06/12/2006.

_____. *Revista Forense* 264/83.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 50 5/3/2007 12:33:34

Capítulo III
A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF

*Artur Ferrari de Almeida**
*Eduardo Ferreira Jordão***

Sumário • 1. Introdução. 1.1. O nosso objeto de análise: a constitucionalidade do § 1º do art. 84 Do cpp. 2. Das razões que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. 3. A análise das razões da suposta inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. 3.1. O primeiro argumento: a contrariedade à interpretação consolidada do STF. 3.1.1. O entendimento do STF. 3.1.2. O cancelamento da súmula 394. 3.1.3. A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence. 3.1.4. O significado e o alcance das decisões do STF na questão de ordem surgida no inquérito 687-SP. 3.1.5. A interpretação autêntica da constituição por meio da elaboração de legislação ordinária. 3.2. O segundo argumento: a suposta violação ao princípio da isonomia. 3.3. O terceiro argumento: a suposta criação de novas competências originárias de tribunais. 3.4. Os demais argumentos que poderiam ser opostos à constitucionalidade do § 1º ao art. 84 do CPP. 3.4.1. A ausência de previsão constitucional expressa. 3.4.2. A questão do necessário caráter restritivo da interpretação. 3.4.3. A sobrecarga de processos nos tribunais. 3.5. O argumento do juiz natural. 4. Conclusão: a constitucionalidade do § 1º ao art. 84 do CPP. 5. Referências bibiliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2797-DF e 2860-DF, relatadas pelo Min. Sepúlveda Pertence e ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).[1] Por maioria de votos (7x3), declarou-se a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei Federal n.º 10.628/02. Este diploma legislativo alterara o artigo 84 do Código de Processo Penal, dando-lhe a seguinte redação:

> "Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.
>
> § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

* Mestrando em Direito Econômico pela USP. Bacharel em Direito pela UFBA.
** Mestrando em Direito (LL.M) pela London School of Economics (LSE).

1. Dada a identidade dos objetos das duas ações, o Relator determinou que fossem os respectivos autos apensados para julgamento conjunto.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 51 5/3/2007 12:33:34

> § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º".[2]

A nova redação conferida ao *caput* do art. 84 do CPP apenas cuidou de adaptá-lo às alterações constitucionais na organização do Poder Judiciário. Excluiu, assim, a referência aos "Tribunais de Apelação" – vez que estes foram substituídos pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal – e acresceu o Superior Tribunal de Justiça no rol das cortes competentes para processar e julgar os casos de foro por prerrogativa de função. Por esta razão, o *caput* não foi objeto de impugnação pelas associações autoras das ações antes aludidas.

A real inovação introduzida pela Lei 10.628/02 consistiu no acréscimo de dois parágrafos ao art. 84 do CPP, exatamente os dispositivos impugnados nas ADI e, ao final, reputados inconstitucionais pelo STF.

A decisão do Supremo Tribunal Federal produz eficácia contra todos e possui efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF). Trata-se, pois, de precedente dotado de força normativa formal. Aos operadores jurídicos – e aos sujeitos à sua hipótese aplicativa – resta segui-lo. É óbvio, no entanto, que da força normativa formal dos precedentes não decorre, *ipso facto*, o poder de convencimento de suas razões. Cumpre à dogmática examinar a coerência na fundamentação das decisões jurídicas e, quando for o caso, demonstrar a insuficiência das soluções adotadas pelos órgãos incumbidos de concretizar a Constituição.[3] A tanto se propõem os autores destas linhas.

1.1. O nosso objeto de análise: a constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP

Este sub-item tem a função de justificar a exclusão da análise da constitucionalidade do § 2º do art. 84, do CPP. Sucede que este dispositivo merece juízo autônomo, cujo conteúdo pode ser formulado através da seguinte questão: *viola a Constituição o dispositivo que, à míngua de previsão expressa da CF, estabeleça*

---

2. O artigo 84 do CPP, antes destituído de parágrafos, possuía a seguinte redação: *"A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade"*.
3. Como observou Robert Alexy, "*en gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar uma respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor"* (in *Teoria de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Tercera reimpresión, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 32).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 52 5/3/2007 12:33:35

hipótese de competência por prerrogativa de foro para a ação de improbidade? O juízo de constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, a seu turno, pode ser formulado através de questionamento completamente diferente do anterior: *é constitucional estender, através de lei, a competência especial por prerrogativa de função relativa a atos administrativos do agente público a período posterior ao exercício da função?*

Como as regras do § 1º e do § 2º são, do ponto de vista lógico-jurídico, independentes entre si, não havendo como deduzir que a inconstitucionalidade da primeira acarretará, *ipso iure*, a da segunda (e vice-versa), conclui-se que é possível – ou mesmo recomendável – que se proceda a um juízo autônomo para cada uma dessas regras.[4]

Perceba-se, assim, que o objetivo deste texto é perquirir se é conforme à Constituição estender, por lei ordinária, a competência por prerrogativa de função a ex-agentes, tão somente para o julgamento dos atos praticados no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.

Pretende-se examinar cada um dos argumentos utilizados pelos Ministros da Corte Suprema para decretar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, de modo a demonstrar-lhes a improcedência. A conclusão, portanto, já se adianta, para posterior desenvolvimento: o referido dispositivo é perfeitamente constitucional. Seu comando não apenas se alinha com os valores inscritos na Constituição, como é deles diretamente extraível. Vejamos.

2. DAS RAZÕES QUE FUNDAMENTARAM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 84 DO CPP

A leitura dos votos dos Ministros permite a identificação de três argumentos para fundamentar o veredicto de procedência das ADI referidas, em relação ao § 1º do art. 84. São eles:

(i) O Poder Legislativo teria contrariado interpretação já consolidada pela Corte Suprema no cancelamento da Súmula n. 394, o que, por si só, já implicaria a inconstitucionalidade deste dispositivo;

---

4. Apenas a expressão "observado o disposto no § 1º", constante do § 2º do art. 84 do CPP, é que deve merecer a mesma solução do § 1º do art. 84, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade. Só a ela deve se estender, pois, o mesmo juízo de constitucionalidade atribuído ao § 1º do art. 84, vez que a expressão citada nada mais fez do que repetir uma imposição já constante do § 1º, e visto não haver neste restrição da extensão da competência por prerrogativa de foro ao processo penal, tanto que veicula o termo "o inquérito ou a ação judicial", ao invés de "o inquérito ou a ação penal".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 53 5/3/2007 12:33:35

(ii) Por estender a ex-ocupantes de cargos públicos a prerrogativa de foro, o dispositivo seria inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia;

(iii) A previsão importaria criação indevida de hipótese de competência originária, violando o rol taxativo da Constituição Federal.

A seguir, passa-se a analisar, de forma destacada, os argumentos apresentados.

3. A ANÁLISE DAS RAZÕES DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 84 DO CPP

3.1. O primeiro argumento: a contrariedade à interpretação consolidada do STF

3.1.1. O entendimento do STF

No julgamento objeto do presente trabalho, entendeu-se que, ao introduzir o § 1º ao artigo 84 do CPP, o Poder Legislativo procurou privar de efeitos o cancelamento da Súmula 394, levado a cabo na Questão de Ordem suscitada no Inquérito 687-SP, relatado pelo Min. Sydney Sanches.[5] Dito de outro modo, a ação legislativa teria visado a re-estabelecer a tese sumulada, derrubada pelo STF. Segundo as palavras do relator e condutor da maioria, o Min. Sepúlveda Pertence:

> "*O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada no Inq 687-QO, 25.8.97, rel o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. (...) Em contrário, porém, da minha proposta, no Inq 687 prevaleceu o cancelamento puro e simples da Súm. 394, por entender a maioria do Tribunal ser inaceitável em qualquer hipótese, à luz da Constituição, que a incidência da regra de foro especial por prerrogativa da função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava*". [6]

5. A doutrina já defendia este posicionamento. Cf., exemplificativamente, Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.249/92*, 5. ed. (atualizada e revista), São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 21-23; Marcelo Santos TEIXEIRA, "Foro competente para o julgamento de agentes políticos por ato de improbidade administrativa", *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, vol. 21, jan./jun. 2003, pp. 81-82; Hugo Nigro MAZZILLI, "O foro por prerrogativa de função e a Lei 10.628/02", *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, n. 18, fev./mar. de 2003, p. 36.

6. No mesmo sentido, cf. o voto do Min. Celso de Mello: "*Cabe enfatizar, de outro lado, por necessário, que o § 1º do art. 84 do CPP, tal como redigido, traduz hipótese virtualmente idêntica àquela prevista na Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, que foi cancelada quando do julgamento do Inq 687-QO/SP* (...)".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 54 5/3/2007 12:33:35

Essa tese também foi encampada pelo Procurador Geral da República, à época o Dr. Geraldo Brindeiro, em seu parecer: "*deve ser declarado inconstitucional o § 1º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei n.º 10.628/02, bem como a expressão 'observado o disposto no § 1º', constante do § 2º,* in fine*, por violar o art. 2º e o caput, do art. 102, da Constituição da República, na medida em que constituem afronta à exegese da norma constitucional (art. 102, I, b e c) adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula 394 e expressamente estabelecer que a tese nela substanciada não se refletiu na Constituição de 1988*".

A nós, em contrapartida, parece que (i) ao introduzir o § 1º no art. 84 do CPP, o Poder Legislativo *não procurou* re-estabelecer entendimento jurisprudencial ultrapassado pelo STF por meio do cancelamento da Súmula 394 (uma vez que a tese ali consubstanciada era bastante mais ampla do que os comandos do dispositivo legal inserido); e (ii) ainda que isto houvesse realmente ocorrido, não constituiria razão suficiente para determinar a inconstitucionalidade deste § 1º, cuja consonância ou dissonância com os dispositivos constitucionais haveria de ser (ainda) materialmente verificada.

Pois bem. Para proceder a uma análise racional do julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, parece-nos indispensável voltar os olhos à questão de ordem do Inquérito 687-SP e verificar o objeto e o alcance da decisão nela havida, pois é exatamente este o precedente violado, na visão do STF, pela Lei 10.682/02. Vamos a ela.

3.1.2. O cancelamento da Súmula 394

Na questão de ordem surgida no Inquérito 687-SP, o STF decidiu à unanimidade pelo cancelamento da Súmula 394, que estabelecia o seguinte: *"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício"*. Esta Súmula contava com décadas de existência e não se respaldava em nenhum dispositivo expresso da Constituição de 1988 ou das constituições anteriores. Tratava-se de uma típica construção pretoriana.

Segundo o relator do processo e suscitante da questão de ordem nele havida, o Min. Sydney Sanches, "*a tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, b, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar 'os membros do Congresso Nacional', nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 55 5/3/2007 12:33:35

ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c")".

Em seguida, o Relator anota que, se o instituto da prerrogativa de foro, tal como posto na Constituição de 1988, já não encontra precedente no Direito Comparado, quanto mais a ampliação de seus efeitos a ex-exercentes de cargos ou mandatos. Aduz, ainda, que a prerrogativa de foro, por se tratar de uma "espécie de privilégio", deveria ser interpretada restritivamente. Finalmente, observa que, à época em que a Súmula 394 foi aprovada, os casos de exercício de prerrogativa de foro junto ao STF eram escassos, o que não mais se verificava. Daí propor que: "*a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela* [Súm. 394]*, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento*".

Esses são os fundamentos do cancelamento da Súmula adotados pelo Relator e apresentados ao Plenário no seu voto. Contudo, ainda não é o momento de questioná-los.[7] É que a intenção deste item *não* é defender que a Súmula 394 não deveria ter sido cancelada. O que se pretende é demonstrar i) que não é correto supor que a lei n. 10.682/02 tenha pretendido ressuscitá-la; e ii) que mesmo que isto se houvesse verificado, não constituiria razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade desta lei.

Seja notado atentamente quão estreitos são os contornos específicos deste item 3.1. Será sustentado que o primeiro argumento utilizado para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP é improcedente, demonstrando que o seu comando *não equivale* àquele que emanava da Súmula cancelada (v. itens 3.1.3 e.3.1.4) e que isto não seria suficiente para declarar a inconstitucionalidade deste dispositivo – deveria o STF, ainda, ter analisado a sua consonância ou dissonância (material) com as disposições constitucionais (cf. item 3.1.5).

7. Por serem logicamente oponíveis também e especificamente à constitucionalidade da lei n. 10.682/02, serão estes argumentos enfrentados ao final (cf. item 3.4), após aqueles que figuraram expressamente no julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 56 5/3/2007 12:33:36

3.1.3. A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence

Demonstrando concordar apenas em parte com as razões expostas pelo Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista, propugnou pela edição de nova súmula, a dizer que *"cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional"*.

Defendia o ministro mineiro, em resumo, que a competência especial por prerrogativa de função não deveria prevalecer para *qualquer crime cometido durante o exercício funcional* (como estabelecia a literalidade da Súmula 394), mas apenas para os crimes cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.* Este teria sido o sentido que se quis dispor no enunciado da referida Súmula. Fundamentou-se esta argumentação no fato de que tal era o conteúdo dos acórdãos que motivaram a elaboração da súmula. Sustentou o eminente ministro mineiro que *"a súmula não é uma norma livremente criada pelo Tribunal quando a aprova: é uma proposição descritiva da orientação jurisprudencial documentada nos acórdãos que refere"*. Na oportunidade, citou diversos dos acórdãos a que referia a Súmula 394, para demonstrar a correção do seu entendimento.

E completou: *"Segue-se que deve ser corrigido, mediante cancelamento e edição de outro, o verbete que não guarda fidelidade à jurisprudência que pretendeu retratar. É o que sucede com a Súm. 394, quando o seu enunciado literal faz abstração de um dado relevante, presente em todos os acórdãos nela invocados com pertinência; o ser um crime* propter officium *o objeto do processo para a qual se afirma persistir a competência por prerrogativa de função do acusado ao tempo de sua prática"*. Em resumo, entendia que a súmula *pecara por excesso* – a tese nela inscrita fora além daquilo que efetivamente constituía o entendimento da Corte.

O Min. Nelson Jobim, por sua vez, assentou que *"a observação feita pelo ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, levam-me, necessariamente, a valorizar essa distinção, para que remanesça na competência do Tribunal – não obstante as observações do Ministro Moreira Alves – aquelas praticadas no exercício da função específica estarem vinculadas a atividades do próprio indiciado"*.

Conforme esta interpretação constitucional, a prerrogativa de foro teria sido estabelecida para o julgamento de atos criminosos que tivessem relação com o desempenho da função, independentemente da ação criminal iniciar-se antes

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 57 5/3/2007 12:33:36

ou depois do mandato; não deveria prevalecer, pois, para *qualquer crime cometido durante o exercício funcional*, mas apenas para os crimes cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.* Tendo sido o ato criminoso perpetrado *na* função e *em razão* da função, deveria prevalecer a prerrogativa de foro. Este foi o entendimento que levara à elaboração da Súmula 394, cujo enunciado trespassara os limites dos fatos que o motivaram. Nas palavras do Min. Nelson Jobim: *"o teor literal da Súm. 394 vai além da jurisprudência que pretendeu retratar"*.

3.1.4. O significado e o alcance das decisões do STF na Questão de Ordem surgida no Inquérito 687-SP

A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, adotada ainda pelos Ministros Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, foi rechaçada pelos outros sete integrantes da Corte, que optaram pelo mero cancelamento da súmula. Convém precisar o significado e o alcance destas duas decisões (tanto a de cancelar a súmula como a de não editar súmula substitutiva), porque é o seu conteúdo que será confrontado com o conteúdo da Lei n. 10. 682/02, para aferir se há contradição entre eles.

Em relação à decisão de cancelamento da súmula, deve-se frisar que ela não implica a adoção de entendimento que lhe é diametralmente oposto. Dito de outro modo, cancelar uma súmula não equivale a firmar o entendimento jurisprudencial antitético. É pura lógica: o fato de uma proposição ser falsa não implica que a sua contrária seja necessariamente verdadeira.[8] Assim, o fato de a Súmula 394 ter sido cancelada não significa necessariamente que o entendimento da Suprema Corte brasileira era o de que *"caso o inquérito ou a ação penal relativas aos crimes cometidos durante o exercício funcional sejam iniciados após a cessação de tal exercício,* não *prevalece a competência especial por prerrogativa de função"*. Tanto

8. Atente-se à precisa lição de Alaôr Caffé ALVES: *"A Lógica das oposições apresenta uma forma 'média' de aplicação, numa relação de oposição cujo nome é 'contrariedade' (entre proposições contrárias e não contraditórias). Esta relação, como ainda iremos ver, dá-se entre proposições universais opostas: 'todo homem é sábio' e 'todo homem não é sábio'. Vê-se claramente que estas duas proposições não podem ser verdadeiras simultaneamente. Se uma é verdade, a outra é necessariamente falsa. Mas, se partirmos da falsidade de uma, não temos certeza lógica de que a outra seja verdadeira. Isto porque esta outra pode ser também falsa. Quer dizer: as duas proposições (contrárias) podem coincidir na falsidade, mas não na verdade. De fato, do ponto de vista formal, se podemos entender que é falso que 'todo homem é sábio' (do ponto de vista material, nem todos os homens são efetivamente sábios), não podemos tirar que seja necessariamente verdadeiro que 'todo homem não é sábio' (como de fato é falso, visto que existem homens sábios, embora nem todos o sejam)"* (in *Lógica*: pensamento formal e argumentação. 3. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2003, pp. 151-152).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 58 5/3/2007 12:33:36

isto é verdade que quatro dos ministros que concordaram com o cancelamento da súmula não estariam dispostos a concordar com esta última proposição.

No que concerne à decisão de não editar nova súmula, ela não significa *necessariamente* que a tese nela proposta tenha sido rechaçada pelo Tribunal. Esta é apenas *uma* das razões que poderiam explicar a não edição de uma súmula. Outras há, como a inoportunidade da ocasião, falta de maturação a respeito do novo entendimento etc. No caso, o conteúdo dos votos dos Ministros não deixa claro qual foi a razão determinante para a refutação da proposta do Min. Pertence. Muito claramente: o fato de um tribunal ter deixado de editar súmula consagrando determinada tese não permite supor que esta tese não encontre aceitação em seu seio.[9]

Feitas estas observações, logo se nota que a Lei 10.628/02 não re-estabeleceu o conteúdo da Súmula 394, contrariando o entendimento do STF. Com efeito, o § 1º do art. 84, do CPP, não restaurou a permanência da prerrogativa de foro após o mandato para os crimes cometidos durante o exercício funcional (como fazia a Súmula 394) – apenas o afirma para o julgamento dos crimes e atos de improbidade administrativa – que são atos cometidos *na* função e *em razão* da função. Não houve, pois, tentativa do Legislativo de *resgatar* entendimento sumular já superado. O referido dispositivo não estabelece deva prevalecer a competência especial por prerrogativa de função para o julgamento de *todo* ilícito cometido *durante* o exercício funcional, como dispunha a Súmula cancelada. Segundo o aludido § 1º, prevalecerá a prerrogativa de foro apenas e tão somente para os ilícitos cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.*

Observe-se, por outro lado, que as ponderações que conduziram ao cancelamento da Súm. 394 giraram em torno de questionamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do

9. Não se ignora que este entendimento contraria até mesmo a interpretação que o próprio ministro Sepúlveda Pertence, responsável pela propositura da edição da nova súmula, concedeu ao refutamento de sua proposta pela maioria da Corte, no julgamento das Adins 2797-DF e 2860-DF. Segundo a sua visão exposta nesta oportunidade, decidira a maioria do Tribunal *"ser inaceitável em qualquer hipótese, à luz da Constituição, que a incidência da regra de foro especial por prerrogativa da função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava"*. Parece-nos, de todo modo, não haver motivo para supor que a interpretação deste ministro à decisão da Corte de não elaborar nova súmula goze de certa "autoridade", apenas por ter sido ele quem a propôs. Tal qual uma lei aprovada pelo Parlamento, uma decisão judicial, cumpridos os seus requisitos de formação, *desprende-se* do órgão que a prolatou, é dizer, tem existência independente dele. Não é porque um determinado juiz ou Tribunal, através da decisão "2", *resolve* que a sua decisão "1 tem o conteúdo "x", que isso corresponderá à verdade; no caso, o Tribunal apenas *prescreve* – enunciado, pois, prescritivo, e não meramente descritivo – o que *deve ser* entendido por decisão "1". Sobre o assunto, além da clássica lição de Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 392-95, cf. também Riccardo GUASTINI, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 7-8.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 59 5/3/2007 12:33:36

Congresso Nacional nos crimes comuns.[10] Matéria, pois, mais restrita do que aquela objeto do § 1º introduzido pela Lei 10.628/02 ao art. 84 do CPP, que, de um lado, ao se referir a "atos administrativos do agente", não se circunscreveu aos crimes comuns, objeto do debate da Questão de Ordem do Inquérito 687-SP e da Súm. 394, e, de outro, ao se referir ao "agente", não se limitou – como na decisão da questão de ordem sob comento – a deputados e senadores.[11]

Curiosamente, deve-se registrar que, na questão de ordem no Inquérito 718-8/SP (anterior ao julgamento das ADIns 2797-DF e 2860-DF), o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, pronunciou-se na mesma direção para a qual aqui se caminha. Nesta ocasião, restou consignado, em acórdão também relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, que a Lei 10.628/02 "*não restabeleceu o critério da Súmula 394, segundo o qual o simples fato de o crime ter sido praticado ao tempo em que o indiciado ou denunciado exerciam o cargo ou o mandato determinava, para a sua persecução, a correspondente competência originária por prerrogativa de função. No diploma invocado – mais restrito que a fórmula intermediária por mim proposta quando o Tribunal cancelou a Súmula 394 – só induz à prorrogação da prerrogativa de foro se o crime atribuído ao ex-dignitário for relativo a ato administrativo por ele praticado no exercício da função. Desse modo, sequer, por exemplo, o crime praticado no exercício de funções legislativas de mandato parlamentar é alcançado pelo dispositivo*".[12]

Seguindo esta linha de raciocínio, resta demonstrada a improcedência do primeiro argumento que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade

10. O Min. Sepúlveda Pertence reconheceu essa circunstância em seu voto: "*Aliás, no Inq 687 - assim como nos demais inquéritos e ações penais, conjuntamente apreciados -, quando se decidiu pelo cancelamento, sem ressalvas, da Súm. 394, cuidava-se unicamente de procedimentos criminais contra congressistas (...)*".

11. Em sentido análogo, Fernando TOURINHO FILHO anota que o § 1º do art. 84 do CPP apenas "*tentou vivificar a Súm. 394 do STF, porquanto sua restauração se deu parcialmente. Ali se diz persistir o foro da prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, quanto 'aos atos administrativos do agente'... E quanto às condutas que não decorram de atos administrativos? Um homicídio, um estelionato, um atentado violento ao pudor, uma calúnia, uma injúria, enfim, uma conduta despregada da função administrativa?*" (in "Da competência pela prerrogativa de função", RT 809/400).

12. O aludido acórdão recebeu a seguinte ementa: *"EMENTA: Supremo Tribunal Federal: competência penal originária por prerrogativa de função após a cessação da investidura: L. 10628/02. 1.* O art. 84, § 1º. C.Pr. Pen, introduzido pela L. 10628/02 não restabeleceu integralmente a cancelada Súm. 394*: segundo o novo dispositivo a competência especial por prerrogativa de função só se estende após cessada a investidura determinante se a imputação for relativa a 'atos administrativos do agente'. 2. Por isso, independentemente do juízo sobre a constitucionalidade ou não da lei nova – objeto da ADIn 2797 –, não compete ao STF a supervisão judicial de inquérito em que indiciado ex-Deputado Federal por suspeita de participação de desvio de subsídios da União a entidade privada de assistência social, cuja direção integrava".*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 60 5/3/2007 12:33:37

do § 1º do art. 84 do CPP. Se o STF houvesse dado por bem declarar a *constitucionalidade* do referido dispositivo, não estaria, em absoluto, agindo em contradição com o que decidira no julgamento do Inquérito 687-SP QO, quando cancelara a Súmula 394, ou – o que é o mesmo – não estaria reconsiderando a questão; estaria, isto sim, decidindo sobre coisa diversa. Sob outro ângulo: o Poder Legislativo, ao editar a Lei 10.682/02, não procurou "afrontar à exegese da norma constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal", mas apenas dispor sobre uma questão até então não-decidida pela Corte Constitucional brasileira.

3.1.5. A interpretação autêntica da Constituição por meio da elaboração de legislação ordinária

Cumpre, todavia, ir ainda mais além. Admita-se que, ao introduzir o 1º do art. 84 do CPP, o Poder Legislativo, tenha, de fato, procurado reverter a decisão estabelecida pelo STF na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP. Neste caso, restará verificar se, nas palavras do eminente Relator, "*lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República*".

Antes de prosseguir, torne-se o posicionamento dos autores destas linhas tão claro quanto possível. Reitere-se que o entendimento aqui defendido é o de que a lei n. 10.682/02 não contrariou entendimento consagrado pela Suprema Corte. Só isto já é bastante para afastar a tese da inconstitucionalidade do 1º do art. 84 do CPP por suposta tentativa de reaver entendimento jurisprudencial superado. De todo modo, parece-nos que, ainda que esta contrariedade de fato existisse, não se verificaria, aí, nenhuma inconstitucionalidade *autônoma*, independente da verificação de uma eventual violação constitucional material. É dizer: para a decretação da inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, não é suficiente que a Corte Suprema faça referência a jurisprudência anterior sua, por ele contrariada, dando-se por encerrada a questão. Não há inconstitucionalidade pelo mero fato de o legislador interpretar autonomamente a Constituição de modo diverso do que fez o STF – ela haverá apenas quando a lei editada for, após sua análise, entendida como *materialmente* contrária ao texto constitucional.

Foi exatamente este o raciocínio construído pelo Min. Eros Grau. Em seu voto, que iniciou a divergência no julgamento em análise, reconheceu que "*o acréscimo do § 1º ao artigo 84 do Código Processo Penal pela Lei n. 10.628/02 reavivou o texto da antiga Súmula 394 desta Corte, anteriormente cancelada em sede de Questão de Ordem levantada no Inquérito n. 687-4, decidida pelo*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 61 5/3/2007 12:33:37

Plenário em 25.08.99"; não obstante, entendeu que "*o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei*[13]*, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional*".[14]

De acordo com o divergente entendimento do Min. Pertence, qualquer lei ordinária que pretenda impor determinada interpretação da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional; quando, além disso, o mesmo diploma legislativo procura contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal, surge também a inconstitucionalidade material: "*admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.*".

Parece-nos acertado o posicionamento do Min. Eros Grau por não haver, no sistema constitucional de 1988, vedação a estabelecimento, pelo Legislador ordinário, de nova interpretação à Constituição. Em suas palavras: "*sendo o legislador também intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso, inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado*

---

13. Note-se que o Ministro Eros Grau ressalva da possibilidade de o Legislativo "discordar" do Judiciário a hipótese em que este último Poder já haja se pronunciado sobre a constitucionalidade de determinada lei. É dizer: uma lei julgada inconstitucional, obviamente, não pode ser reeditada.
14. O Procurador Geral da República, em seu parecer, fez referência aos embates entre os Poderes sobre o significado e o alcance das disposições constitucionais na experiência norte-americana: "*É verdade que, como acentua o ilustre constitucionalista de Harvard Professor Laurence Tribe, podem existir "competing interpretations" da Constituição pelos três Poderes. Nas suas próprias palavras: "And it is clear that, despite the growth of federal judicial power, the Constitution remains in significant degree a democratic document – not only written, ratified and amended through essentially democratic processes but indeed open at any given time to competing interpretations limited only by the values which inform the Constitution´s provisions themselves, and by the complex political processes that the Constituition creates – processes which on various occasions give the Supreme Court, Congress, the President, or the states, the last word in constitutional debate." (Vide American Constitutional Law, 2nd. ed.; The Foundation Press, New York, 1988, p. 41-42). Mas é da essência do controle jurisdicional de constitucionalidade, em caso de confronto, que a última palavra sobre a Constituição (ainda mais quando se trata de definição de sua competência originária) seja da Suprema Corte, como reconhece Tribe, sendo obrigatória para os demais Poderes suas interpretações da Constituição ("The Court´s interpretations of the Constitution are binding on other government actors") (ibid. p. 35). (Vide ainda Laurence H. TRIBE, Constitutional Choices, Harvard University Press, Cambridge and London, 1995; e On Reading the Constitution, id., 1991).*"

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 62 5/3/2007 12:33:37

por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição".

Uma leitura da Constituição que vede a possibilidade de o Legislativo, em sua função legiferante, interpretar o texto constitucional, além de ser pouco plausível – já que, em maior ou menor medida, todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla – permite ao Judiciário um acúmulo de poder sem qualquer possibilidade de contestação no plano jurídico, e cria, assim, uma desigualdade entre os Poderes que fere a cláusula pétrea constante do art. 2º da CF.

A fim de evitar esse efeito perverso e juridicamente irreversível, uma leitura constitucional desse jaez há de ser afastada, em prol de outra que permita ao Legislativo atuar como intérprete constitucional, mas que, ao mesmo tempo, conceda ao STF a última palavra sobre o sentido das disposições da Constituição. Há de ser afastada, dessa forma, a pecha de inconstitucionalidade formal imputada à Lei 10.628/02, visto possuir o Legislativo a competência para, através da emanação de leis, interpretar a Constituição, embora sem o caráter de definitividade conferido à interpretação exercida pela Suprema Corte; se inconstitucionalidade houver nesse diploma legislativo, ela se refere ao seu conteúdo, i.e., tem caráter material.

Ainda que, no caso específico da ADIns 2797-DF e 2860-DF, seja razoável supor que a análise material do § 1º do art. 84 do CPP pudesse levar ao mesmo resultado do julgamento (a declaração da sua inconstitucionalidade), o que se critica é justamente o procedimento adotado pela Suprema Corte, que se limitou a fazer referência a um seu (suposto) entendimento anterior. Uma análise mais cautelosa da constitucionalidade material do dispositivo poderia fazer a Corte repensar o seu posicionamento em relação à questão, historicamente dos mais contraditórios.

3.2. O segundo argumento: a suposta violação ao princípio da isonomia

Em seu voto, o Min. Celso de Mello desenvolveu o segundo argumento fundamental para a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. Este ministro sustentou que, ao estender a ex-ocupantes de cargos públicos a prerrogativa de foro, o dispositivo *ofendeu o princípio da isonomia*, importando injustificável tratamento desigual entre ex-ocupantes de cargos públicos e os demais cidadãos. Entendeu que a prerrogativa de foro deve ser lida da forma como posta literalmente na Constituição, é dizer, apenas para aqueles que se encontrarem no exercício da função, sendo a atualidade do exercício do mandato ou da função o fator de legitimação de tal prerrogativa.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 63 5/3/2007 12:33:37

Ainda no mesmo voto, o Min. Celso de Mello critica a vigente Constituição, que, no seu entender, "*ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática e seletiva de poder, cometeu censurável distorção na formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe ("ex parte principis") e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade*".

Ou esta crítica é improcedente ou deve ser estendida a algumas repúblicas contemporâneas, cujos ordenamentos constitucionais também estabelecem a extensão da prerrogativa de foro a que alude o § 1º do art. 84 do CPP, isto é, a ex-ocupantes de alguns cargos públicos e no que se refere aos atos funcionais que tiverem cometido. Os casos da Itália[15], Espanha[16] e França[17] podem ser exemplificados, como apontou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto à QO do Inquérito 687-SP.

Neste ponto, as questões principais são: (i) se a manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional constituiria "privilégio pessoal" ou prerrogativa, e (ii) se ela é razoável e justificável.

No que atine à primeira questão, deve ser rememorado que a manutenção da prerrogativa de função a que se refere o dispositivo infirmado não é relativa ao julgamento de qualquer crime do ex-exercente da função pública relevante, mas

---

15. No art. 96 da Constituição atual da Itália, lê-se que: "*Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri,* anche se cessati dalla carica*, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale.*".
16. "*A Constituição de 1958 (art. 68, 2)"* – observa o Min. Pertence – "*restringiu a competência da Haute Cour de Justice ("Alta Corte de Justiça") aos crimes funcionais dos ministros; mas que a prerrogativa se entende compreensiva dos processos contra ex-ministros, por delitos cometidos em razão da função, se extrai de que nela, há alguns anos, hajam sido julgados e condenados Abel Bonnard, ex-ministro do governo de Vichy (Em DEBBASCH e outros.* Droit Constitutionell e Institutions Politiques. *Economica, 1990, p. 754) e Edmond Hervé, ex-Ministro da Saúde, no caso do "sangue contaminado".*
17. Especial atenção deve ser dada ao caso espanhol, pois, como observou o Min. Pertence, *"a Constituição deste país, tal como a brasileira, não restringe ao delitos propter officium a competência da Sala Penal do Tribunal Supremo para os processos criminais contra Deputados e Senadores (art. 71, 3) ou contra o Presidente e os demais membros do Governo (art. 102, 2). Também como na dicção da Súmula. 394, essa prerrogativa de foro se vinha reputando extensiva a ex-ministros ou ex-membros do Parlamento, acusados por fatos ocorridos durante a investidura, independente da sua natureza. Em 1991, contudo, o Tribunal Supremo a restringiu, quando findo o mandato do acusado no curso do processo, "a los hechos que estuvieran en relación o conexión con el ejercicio de la función inherente al mandato representativo entendiendo que la protección que la immunidad entrarta se hace a la función e no al funcionário (post officium vel in contemplatione officii)". Observe-se que o Tribunal explicita que a perpetuação da prerrogativa para além do período de exercício da função pública configura-se em proteção ao cargo – e não à pessoa que o exerceu".*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 64 5/3/2007 12:33:38

apenas aos atos de improbidade administrativa, cometidos no desempenho da função e em razão dele.

É lógico, destarte, que a prerrogativa não é conferida à pessoa ex-titular do relevante cargo – porque se assim fosse abarcaria todos os crimes por ele cometidos. Como a manutenção da prerrogativa é reservada aos atos cometidos no desempenho da função e em razão dele, é incontestável que ela guarda relação com a função – e não com a pessoa que a exerceu.

Haveria *privilégio* e não *prerrogativa* se fossem abarcadas pela extensão do foro aspectos da esfera jurídica de ex-agentes e ex-autoridades estranhos às atividades funcionais, e se não houve limitação temporal a essa extensão. Protege-se o exercente da função pública apenas indiretamente – não há outra maneira de proteger a função se não protegendo o responsável por sua condução.[18]

Em relação à segunda questão, não há como negar que a manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional confere ao titular do relevante cargo público protegido maior tranqüilidade para exercê-lo, sem temer as dificuldades que enfrentará após o exercício do cargo em razão de decisões tomadas neste período.

Imagine-se, v.g., a quantidade de ações por supostos atos de improbidade administrativa nas quais teria que se defender um ex-Presidente da República. E observe-se que tais ações correrão perante juízos singulares de diferentes Estados e diferentes municípios da Federação, de modo que não é difícil prever a dificuldade (quiçá impossibilidade) que este ex-exercente do mais relevante cargo publico nacional terá para defender-se.[19] Por outro lado, é evidente que este entendimento possibilita a ação maliciosa dos inimigos políticos deste ex-exercente de função pública ou de quem teve interesses contrariados em razão de suas ações.

---

18. J. A. PIMENTA BUENO recusava vislumbrar na competência por prerrogativa de função um privilégio, e dizia que ela não se estabelecia "por amor aos indivíduos", mas em função do "caráter, cargo ou funções que eles exercem". Cf., a respeito, Frederico MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 2. ed., p. 206-07.
19. Indispensável mencionar que, de acordo com o entendimento fixado pela maioria dos ministros no julgamento da Reclamação n.º 2138, ex-Presidentes da República e demais ex-agentes políticos não sofrerão mais esse risco, visto que o STF estabeleceu a interpretação de que os agentes políticos, genericamente considerados, não são capazes de praticar atos de improbidade administrativa, mas sim crimes de responsabilidade, não se lhes aplicando, pois, a Lei 8.429/92. Proferiram votos nesse sentido os ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso; contra, o Min. Carlos Velloso. Embora a maioria já formada no bojo da aludida Reclamação garanta a manutenção deste entendimento, os autos encontram-se sob vistas do Min. Joaquim Barbosa, motivo pelo qual ainda não foi finalizado o seu julgamento e restou prejudicado o acesso dos autores do presente trabalho ao entendimento vitorioso já estabelecido. Este texto, portanto, não leva em consideração as razões e conseqüências deste julgado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 65 5/3/2007 12:33:38

A manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional, portanto, é inegavelmente razoável e justificável. Isto porque a perpetuação da prerrogativa serve ao interesse público, na medida em que possibilita o melhor e mais tranqüilo desempenho de relevante função pública. Como assentou o Min. Pertence, "*é fugir ao senso das realidades evidentes negar que, para a tranqüilidade no exercício do cargo ou do mandato – se para essa tranqüilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro – ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionas do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem*. (...) *mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro*".

Não se pode descurar que uma interpretação limitativa do instituto da prerrogativa de foro serve a criar um desestímulo àqueles que manifestem o pendor de desempenhar os altos postos da máquina estatal. Antevendo as dificuldades de se defender devidamente diante das inevitáveis ações que sofreriam após o exercício da função – ações essas que, repita-se, correriam perante juízos singulares de diferentes Estados e diferentes municípios da Federação –, tais sujeitos decerto receariam a carreira pública.

A inevitabilidade do aforamento de ações de improbidade contra ex-agentes é justificada pelo necessário descontentamento provocado por suas ações governamentais em algum setor da sociedade civil. Não se sabe de Governo algum que tenha agradado a todos os setores sociais e ideologias, que tenha conquistado a unanimidade. Não se deve, ademais, admitir que o mero ajuizamento de ações seja bastante para comprovar a improbidade do exercício funcional, o que se faz implicitamente ao destituir os ex-agentes de instrumentos institucionais de defesa dos atos que foram por eles praticados no período do exercício funcional e apenas em razão dele. Impedir que a prerrogativa de função alcance os ex-agentes significa podar-lhes a faculdade de, quando em atividade, estabelecer políticas públicas necessárias ao atendimento de interesses públicos, mas desagradáveis a determinados atores sociais.

De outra banda, atente-se para o fato de que, em se entendendo que a prerrogativa de função só prevalece durante o exercício da função, estar-se-ia possibilitando fácil manipulação do princípio do juiz natural, conforme expõe o Ministro Sepúlveda Pertence:

> "*É preciso lembrar haver entre os detentores do foro por prerrogativa de função ocupantes de cargos dos quais são demissíveis ad nutum: é o caso, no plano federal, dos Ministros de Estados. Parece repugnante ao princípios, especialmente à garantia*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 66 5/3/2007 12:33:38

do juiz natural, que a competência originária do Supremo Tribunal para julgá-los seja precária e fique à mercê da vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que possa elidir a qualquer tempo, tanto para prejudicar quanto para favorecer o ministro processado. (...) E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela - cancelada a Súm. 394 -, bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria. Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade."

O entendimento que ora se refuta permite, ainda, que o autor da ação de improbidade administrativa adie maliciosamente a sua interposição para fazê-lo apenas quando o acionado não mais exerça o cargo público e, já sem contar com a prerrogativa de foro, tenha maior dificuldade para defender-se.

Diante dessas considerações, resta evidente não ter ocorrido qualquer vilipêndio ao princípio da igualdade com a inserção do § 1º ao art. 84 do CPP. A distinção havida no dispositivo é perfeitamente justificável e deveu-se simplesmente à efetivação do princípio da isonomia: estabeleceu-se tratamento desigual a cidadãos desiguais.[20] O agente que teria o foro especial exerceu função pública relevante, e, destarte, em razão da magnitude do cargo e para o seu melhor desempenho, deve contar com esta proteção.[21]

---

20. Nunca é demais retornar às célebres palavras do discurso de Ruy BARBOSA: *"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade"* (in *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro, Organizações Simões, 1951, p. 31). Não se interditam, enfim, quaisquer desequiparações - a vedação alcança apenas as "nuas preferências" (naked preferences), expressão usada no direito norte-americano para fazer referências a discriminações arbitrárias ou impertinentes (Cf. Cass SUSTEIN, "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, 84 (7): 1689, 1984).
21. A esse respeito, lúcidas as observações de Humberto ÁVILA: *"A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. (...) Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito" (*in *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 93-94). Em direção semelhante, defende Noberto BOBBIO: *"A igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo"* (in *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 15 e 20).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 67 5/3/2007 12:33:38

3.3. O terceiro argumento: a suposta criação de novas competências originárias de tribunais

Por fim, ainda segundo a posição vencedora no julgamento sob análise, o § 1º do art. 84 do CPP afigura-se inconstitucional por criar, sem a devida autorização, competências originárias para os tribunais federais: "*Em linha de princípio*" – anota o Min. Sepúlveda Pertence – "*no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República, salvo quando esta mesma remeta à lei sua fixação*". [22]

Reconhece o ministro que, em diversas ocasiões, o STF e os demais tribunais pátrios admitem "hipóteses de extração pretoriana de competências implícitas", razão pela qual, diz ele, a característica da exaustividade do rol das competências originárias deve ser vista *cum grano salis*. A inconstitucionalidade residiria na criação, por lei, de competência originária não prevista na Constituição. Só os Tribunais, e especialmente o STF, teriam autorização constitucional para, interpretando a Constituição, fixar os contornos de suas competências originárias. Jamais o Poder Legislativo.

O que se extrai da fundamentação do voto do eminente Min. Relator é que não pode a lei ser o instrumento jurídico de reconhecimento de hipóteses de competência originária determinada pela Constituição. Em outros termos, o § 1º do art. 84 do CPP é inconstitucional porque nele o Legislativo decidiu sobre assunto que não é da sua esfera de atribuições; não *necessariamente* porque o seu conteúdo seja contrário à Constituição.

Assente-se de imediato não ter havido inconstitucionalidade por violação dos dispositivos constitucionais que prevêem a competência originária dos tribunais. Assim como o STF, o Congresso Nacional é, no sentido kelseniano, um intérprete autêntico da Constituição, e desde que se paute por critérios nela fundamentados, pode editar leis que, ultrapassando a literalidade dos dispositivos do texto constitucional, tragam em si interpretações analógico-extensivas deste

22. A mesma tese foi sustentada pelo MIN. CELSO DE MELLO. Segundo ele, haveria impossibilidade jurídica de ampliação ou modificação de competência originária dos tribunais pelo Congresso Nacional através de legislação infraconstitucional. No entanto, poderia o STF estabelecer o alcance das cláusulas constitucionais sobre a sua competência originária: "*vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque inassimiláveis tais situações – a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça Estaduais, por tratar-se de matéria de reserva absoluta de Constituição*".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 68 5/3/2007 12:33:39

documento, mesmo em matéria de competência dos órgãos constitucionais. Negar esse poder ao Legislativo é, como salientou o Min. Eros Grau (v. item 3.1.5, supra), conceder poder incontrastável ao STF para interpretar a Constituição, o que contraria a cláusula contida no art. 2º de seu texto. O Supremo tem a última palavra, não a única. Não há, pois, como supor, na ausência de disposição constitucional em sentido contrário, que apenas a Suprema Corte tenha autorização para interpretar o esquema constitucional de distribuição de competências.[23]

Assim, deve restar claro que o dispositivo sob análise não *criou* nova hipótese de competência originária dos tribunais; diferentemente, explicitou uma competência que é necessariamente dessumível a partir de uma análise sistemática da Constituição.

3.4. Os demais argumentos que poderiam ser opostos à constitucionalidade do § 1º ao art. 84 do CPP

Devidamente enfrentados os três argumentos suscitados no julgamento das ADIn 2797-DF e 2860-DF para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, resta examinar as razões que levaram ao cancelamento da Súmula 394. É que, ainda que não se possa aceder à idéia de que a lei n. 10.682/02 teria pretendido re-estabelecer entendimento já ultrapassado pela Corte Suprema naquela oportunidade, isto não torna irrelevantes as razões ali utilizadas. Como elas podem ser logicamente opostas também (e especificamente) aos parágrafos introduzidos pela lei n. 10.682/02 deverão ser confrontadas neste estudo, para sublinhar-lhes a improcedência.[24] De outro modo, restariam irrespondidas algumas teses utilizadas para defender a inconstitucionalidade desta lei.

De acordo com o que se expôs no item 3.1.2, são as seguintes as razões que levaram ao cancelamento da Súmula 394, de acordo com o voto do Ministro Relator, Sydney Sanches: (i) a prerrogativa ali prevista não possui precedentes no Direito Comparado; (ii) não possui previsão constitucional; (iii) causa sobrecarga de

23. Curioso observar que, quando o próprio STF lê as disposições constitucionais sobre sua competência para além da literalidade do texto da CF (cf. item 3.4.2), não costuma utilizar-se do argumento de que tais disposições são de direito estrito para vedar qualquer tipo de interpretação ampliativa, ao passo que, quando é o Legislativo quem o faz, aduz a Suprema Corte o mesmo argumento para vedar qualquer tipo de ampliação operada por aquele Poder.
24. Ainda a este respeito, é fundamental perceber que não há nenhuma contradição no procedimento aqui adotado. É evidente que o fato de alguns argumentos poderem ser logicamente (em abstrato, antes da verificação de sua procedência, portanto) opostos a duas teses não significa que estas teses sejam equivalentes. Para comprová-lo, basta imaginar a quantidade de teses díspares que podem ser enfrentadas com os argumentos da interpretação restritiva ou do sobrecarregamento processual, por exemplo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 69 5/3/2007 12:33:39

processos nos Tribunais; (iv) as competências constitucionais e as prerrogativas de foro deveriam ser interpretadas restritivamente.

Nenhum destes argumentos determina a inconstitucionalidade seja da lei n. 10.682/02, seja da tese inscrita na Súmula 394.

No que respeita à afirmação de que o instituto da prerrogativa de foro e a ampliação de seus efeitos a ex-exercentes de cargos ou mandatos não encontram precedente no Direito Comparado, não há necessidade de maior detença: ela é simplesmente inverídica, como ficou claro no item 3.2, em que se aludiu, exemplificativamente, a dispositivos semelhantes nos ordenamentos de França, Itália e Espanha. Vamos às demais.

3.4.1. A ausência de previsão constitucional expressa

O fato de a CF de 1988 e as demais constituições brasileiras que conviveram com o enunciado sumular não preverem expressamente a prerrogativa de foro para ex-autoridades e ex-mandatários nunca fora um obstáculo para que a Corte Suprema concluísse, através do Min. Victor Nunes Leal, que a "*correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recear que, cessada a função, seria julgado não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, freqüentemente, a condição de adversário da situação dominante. É, pois, em razão do interesse público do bom exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante, que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, como prerrogativa da função mesmo depois de cessado o exercício"*. [25]

Nessa linha de pensamento, a extensão do julgamento dos atos funcionais para período posterior ao exercício do cargo ou mandato é uma medida indispensável para o atendimento dos fins que presidiram a previsão constitucional da prerrogativa de foro: as finalidades de tranqüilidade no exercício do cargo e de um exercício funcional expedito só serão atendidas se a aludida extensão se operar. Não é necessário haver texto constitucional explícito para que se chegue

25. *RTJ* 22/50-51.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 70 5/3/2007 12:33:39

à conclusão da imperatividade da extensão da prerrogativa do foro para ex-agentes. A perquirição da teleologia do instituto conduz a tal conclusão.

Parece-nos que a extensão sob comento, operada pelo acréscimo do § 1º ao artigo 84 do CPP: (i) é *adequada*, pois realiza as finalidades que inspiram o instituto da prerrogativa de foro; (ii) é *necessária*, visto que não há outros meios menos gravosos de se atingir os fins aludidos; (iii) é *proporcional em sentido estrito*, pois o grau de restrição imposto a outros fins constitucionais é justificado. A aplicação do postulado da proporcionalidade ao caso nos revela que, em valendo a regra do art. 84, § 1º, outras regras e princípios não deixaram de ser devidamente aplicados.[26]

Nesta mesma direção são as palavras do Min. Sepúlveda Pertence, na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP: "*se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro prerrogativo de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar a efetividade às inspirações da Lei Fundamental: essa, a correta postura hermenêutica assumida por nossos antecessores nesta Casa, faz mais de meio século e meio, para consolidar o entendimento que a Súm. 394 pretendeu traduzir. Não me impressiona, data venia, que a orientação da Súm. 394 jamais tenha sido explicitada no texto das sucessivas constituições da República* (...) *Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súm. 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu*".

3.4.2. A questão do necessário caráter restritivo da interpretação.

Embora seja correto sustentar que as competências estabelecidas constitucionalmente devam ser interpretadas restritivamente, isso não significa haver vedação total e absoluta de soluções hermenêuticas que conduzam a uma expansão do rol de competências dos órgãos constitucionais para além da literalidade do texto da Constituição Federal.[27] Só se poderia supor uma vedação como esta se

---

26. Sobre o postulado da proporcionalidade, consultar Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 104-119.
27. No mesmo sentido do texto, cf. Sebastião B. de Barros TOJAL e Flávio C. CAETANO, "Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa", *in* Cassio S. BUENO e Pedro Paulo de Rezende PORTO FILHO (coordenadores), *Improbidade Administrativa*: Questões Polêmicas e Atuais, 2. ed. (revista, atualizada e ampliada), São Paulo, Malheiros/ SBDP, 2003, pp. 395-98: "*defendemos a plena possibilidade de se admitir a construção jurisprudencial por analogia como método interpretativo válido para a supressão de eventual lacuna existente na regra constitucional de fixação de competências*". Os autores pautam-se no conceito de *lacunas de regulamentação* fornecido por CANOTILHO, que se refere à incompletude de uma determinada regulamentação em conjunto da Constituição. Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 1197-98.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 71 5/3/2007 12:33:39

a própria Constituição expressamente determinasse que as competências nela previstas são taxativas e que, sob nenhuma hipótese, haveriam de ser ampliadas por via interpretativa. Não é o caso.

Não se deve esquecer que o STF, ao longo de sua história, já interpretou ampliativamente os dispositivos das diversas constituições que tratam da competência dos Tribunais, sob os quais recai igualmente a *vedação relativa* de interpretação extensiva.[28] No conflito de Jurisdição nº 6.113, julgado em 06/09/78, o Plenário do STF, em votação unânime, reconheceu, mesmo sem previsão expressa da CF de 1967/69 nesse sentido, competir originariamente aos Tribunais Regionais Eleitorais processar e julgar autoridades estaduais acusadas da prática de crime eleitoral, que, em crimes comuns, tenham no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função. A fundamentação da possibilidade de extensão da prerrogativa de função a casos não previstos expressamente na Constituição foi estabelecida pelo relator do feito, o Min. Moreira Alves, que asseverou:

> "*A competência por prerrogativa de função se situa, necessariamente, no segundo grau de jurisdição. As normas que a disciplinam não são, porém, excepcionais, em face das relativas à competência original residual dos juízes de primeiro grau da mesma jurisdição, mas, simplesmente, especiais com relação a estas. Com efeito, ao contrário do direito excepcional, que retira da esfera da disciplina do direito comum um caso particular que, por si mesmo, deveria estar regido por este, e lhe dá tratamento especial para atender à natureza especial das relações e dos escopos que a tais matérias se referem. Por ser um sistema inteiro de normas particulares – o que não sucede com o direito excepcional –, o direito especial comporta a aplicação analógica, como acentua DEGNI (L'Interpretazione della Legge, 2ª. Ed., nº 21, pág. 41, Napoli, 1909). Daí por que as normas sobre competência funcional – e nelas se situam as relativas à competência originária dos Tribunais (LIEBMAN, em nota à tradução brasileira das Instituições de Processo Civil de CHIOVENDA, vol. II, pág. 267) – são suscetíveis de ter suas lacunas preenchidas pela analogia ou pelos princípios gerais de direitos, como salienta FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, 2a. ed., nº 109, pág.*

28. Em Parecer juntado à Reclamação-STJ nº 591/98, Paulo BROSSARD aponta alguns precedentes do STF que se afastaram da interpretação literal da sua própria competência e da competência dos demais Tribunais pátrios. (*apud* Sebastião B. de Barros TOJAL e Flávio C. CAETANO, "Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa", pp. 397-98). O Min. Eduardo Ribeiro, do STJ, em voto vencido proferido na Reclamação-STJ nº 591/98 deu um exemplo de como o STF viu-se forçado a se desvencilhar de uma interpretação estrita das competências constitucionais: "*A atual Constituição determina, expressamente, que cabe aos Tribunais de Justiça o julgamento dos prefeitos. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, estabeleceu distinções. Tratando-se de crime eleitoral, será o prefeito julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral; se a acusação referir-se a crime federal, o julgamento far-se-á por Tribunal Regional Federal. Nenhuma disposição, entretanto, atribui, para isso, competência a tais corte. Vê-se que se admitiu fosse ampliado o que está explícito no texto, para fazer compreender outras hipóteses que, logicamente, tendo em vista o sistema, nele se haveriam de ter como contidas*".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 72 5/3/2007 12:33:40

208), com referência às de competência por prerrogativa de função. Ora, a competência por prerrogativa de função é reconhecida em nosso sistema jurídico até por vários textos constitucionais federais, para, precipuamente, garantir a boa aplicação da justiça pela maior independência do Tribunal Superior".

Na conclusão deste voto, o Min. Moreira Alves aduz que a via da analogia deveria ser empregada para cumprir o "dever de garantir a boa aplicação da Justiça", de forma a estender a competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais – no tocante a crimes eleitorais – às mais altas Cortes com jurisdição eleitoral no âmbito dos Estados-membros, às autoridades estaduais que têm o Tribunal de Justiça como foro por prerrogativa de função em crimes comuns.

3.4.3. A sobrecarga de processos nos Tribunais.

Corretamente, Zacharias Toron sustenta que o argumento de que o Texto constitucional vigente não foi explícito em contemplar a prerrogativa de foro a ex-autoridades e ex-mandatários foi apenas aparentemente decisivo para o cancelamento da Súmula 394: "*a partir de um horizonte puramente funcional, mas que de fato parece ter sido o decisivo, o voto-condutor do aresto em foco apresentou considerações relativas ao aumento de casos envolvendo ex-ocupantes de cargos públicos (...)*"; em seguida, arremata: "*a conclusão a que se chega é sombria e representa a antítese do que deve ser o funcionamento de uma Suprema Corte no Estado de Direito. É inconcebível que se altere o entendimento ligado a várias garantias constitucionais como a do juiz natural e a do devido processo legal, não por conta da correta aplicação do direito, mas em razão da sobrecarga de processos*".[29]

O STF apegou-se a tal *argumento transcendente ao ordenamento jurídico* – especulando sobre suposto efeito prático danoso (sobrecarga processual) da manutenção de um entendimento jurisprudencial que lhe conferia competência para processar e julgar originariamente ex-autoridades e ex-mandatários por crimes cometidos durante o exercício funcional – para cancelar a Súm. 394 e descurar dos argumentos institucionais (*imanentes ao sistema jurídico*) já consolidados há décadas.[30]

---

29. Alberto Zacharias TORON, "As ações penais e o foro por prerrogativa de função diante do novo § 1.º do art. 84 do CPP", *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, ano 6, n. 12, julho-dezembro de 2003, São Paulo, p. 162.
30. A classificação dos argumentos jurídicos entre institucionais (*imanentes ao ordenamento jurídico*) e não-institucionais (*transcendentes ao ordenamento jurídico*) foi tomada de empréstimo de Humberto ÁVILA. Para o professor gaúcho, "*a primeira grande divisão dos argumentos empregados na interpretação jurídica é aquela entre os argumentos institucionais e os não-institucionais. Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 73 5/3/2007 12:33:40

A fim de afastar corretamente esta construção jurisprudencial, que, repita-se, pauta-se por critério imanente ao sistema jurídico, seria necessário argumentar na linha da desnecessidade de extensão da prerrogativa de foro ao período posterior ao exercício do cargo ou do mandato à proteção das finalidades desse instituto – tranqüilidade, correção, sinceridade e independência moral no exercício do cargo ou mandato. No entanto, a leitura atenta dos votos e das discussões havidas na questão de ordem sob análise revelam que nada nesse sentido foi desenvolvido, de modo que o ônus argumentativo não foi superado. Parece-nos, então, que houve alteração não-fundamentada de posicionamento, quando se sabe que, em um Estado Democrático de Direito, os Tribunais – assim como os juízes singulares, que decidem monocraticamente – estão obrigados a alterá-los sempre através da demonstração da incorreção da forma de decisão prévia (CF, art. 93, IX).[31]

3.5. O argumento do juiz natural

Cumpre, ainda, mencionar a opinião de Tourinho Filho a propósito dos efeitos jurídicos do cancelamento da Súm. 394, por tocar em argumento não desenvolvido na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP: o do juiz natural. Entende aquele processualista que, em razão da cláusula do juiz natural (art. 5.º, LIII, da CF), a competência deve fixar-se *no momento do fato*, o que equivale a dizer,

---

–, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não-institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. (...) *Como conseqüência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito.* (...) *Os argumentos transcendentes ao ordenamento jurídico passam a ser relevantes na interpretação no momento em que a linguagem e o sistema já não proporcionam uma justificação para a interpretação. Se o intérprete consegue construir um significado de acordo com argumentos lingüísticos e sistemáticos, não há razão suficiente para o recurso a outros argumentos. Não é noutro sentido que a doutrina constrói as etapas na argumentação jurídica: só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação.*" (in "Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 de outubro de 2005).

31. A respeito, observe-se, uma vez mais, a lição de Humberto ÁVILA: "*Como os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais, o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um* afastamento argumentado. *Há, portanto,* uma proibição *(*relativa*)* de afastamento do precedente (Abweichungsverbot) com a conseqüente obrigação de indicar os critérios que irão substituir os anteriormente aplicados (Vorlangenpflicht)" (in *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 10).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 74 5/3/2007 12:33:40

diante do caso sob análise que caso a infração seja cometida durante o exercício funcional, a competência do Tribunal deve continuar, mesmo após o término da investidura do agente político em seu respectivo cargo.[32]

Partindo do conceito de jurisdição de René Garraud – "*a jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no instante do cometimento da infração que lhe é imputada e não no dia em que o procedimento é instaurado*" –, entende Tourinho Filho que o cancelamento da Súmula não provocou mudanças na ordem jurídica, visto que ela fora editada *ex abundantia*, apenas repetira o que na Constituição já estava posto. Dito de outo modo, ainda que súmula nunca tivesse havido, a tese nela consubstanciada deriva diretamente do princípio constitucional do juiz natural.

> *"Repensando sobre o assunto, a nós nos pareceu e nos parece que o cancelamento não alterava a competência dos Tribunais. Se a Constituição, nos arts. 29, X, 96, III, 102, I, b e c, 105, I, e 108, fixou a competência especial por prerrogativa de função para as pessoas ali citadas, evidente que essa competência persistiria mesmo após a cessação do exercício funcional, desde que a infração houvesse sido cometida durante o exercício do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação da função".* [33]

Neste sentido (e ainda mais amplamente do que o que determinava o § 1º ao artigo 84 do CPP), qualquer que seja a infração cometida durante o exercício da função pelos que gozam de prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal tenham início após a cessação da função, a competência por prerrogativa de função deve persistir, apenas sendo necessário indagar se, quando da prática da suposta infração, o agente estava no exercício da função.[34]

4. CONCLUSÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º AO ART. 84 DO CPP

À vista de todo o exposto, conclui-se, *data venia* da decisão já proferida pelo STF, ser constitucional a regra veiculada pelo § 1º do art. 84 do CPP. De um lado, não se pode dizer que o aludido dispositivo representa tentativa de reavivamento do que dispunha a Súm. 394, vez que ambos possuem objetos distintos; de outro

---

32. Fernando TOURINHO FILHO, "Da competência pela prerrogativa de função", RT 809/399.
33. Fernando TOURINHO FILHO, "Da competência pela prerrogativa de função", RT 809/398-99. Complementa em seguida: "*Mas, ainda que se diga que, cessada a função, cessaria a prerrogativa, e que a prerrogativa estava sendo respeitada em decorrência da Súmula, é de se observar então que o preceito sumular já nascera inconstitucional, posto haver criado um juiz natural ao arrepio do ordenamento, e, de conseguinte, todos aqueles que foram condenados pelos Tribunais em decorrência da Súm. 394 poderão ingressar no juízo revisional, em face da manifesta nulidade: juízo incompetente*." (ob. cit., p. 399).
34. Fernando TOURINHO FILHO, "Da competência pela prerrogativa de função", RT 809/400.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 75 5/3/2007 12:33:40

lado, mesmo que se conceda que o enunciado sumular em questão e o § 1º do art. 84 do CPP possuem conteúdo normativos idênticos, o Poder Legislativo, dentro dos limites expostos no subitem 3.1.5. deste estudo, pode discordar de determinada interpretação do STF sem incorrer em inconstitucionalidade formal, por violação de competências da Suprema Corte.

Ademais disso, aduza-se que o § 1º do art. 84 do CPP não fere o princípio da igualdade, já que fundamenta o tratamento diferenciado entre, de um lado, ex-agentes e ex-autoridades, e de outro, os demais cidadãos, ao limitar a extensão da prerrogativa de foro aos *atos funcionais* e, dessa forma, buscar garantir a incolumidade da função pública exercida por tais agentes e autoridades, não a perpetuação de um privilégio. Neste sentido, não só a medida legislativa não constitui agravo aos valores constitucionais, como é decorrência necessária deles. Em outras palavras: a regra do § 1º do art. 84 é diretamente dessumível da Constituição, não sendo necessário haver texto constitucional explícito para que se chegue à conclusão da imperatividade da extensão da prerrogativa do foro para ex-agentes, uma vez que a perquirição da teleologia do instituto conduz inexoravelmente a tal conclusão.

É por isso que não se pode concluir, tal como o fez o STF, que o § 1º do art. 84 do CPP *criou* nova hipótese de competência originária dos tribunais, o que se procurou demonstrar no item 3.3. deste trabalho. O aludido dispositivo configura apenas uma interpretação autêntica, construída pelo Legislativo, das competências originárias outorgadas aos tribunais pela Constituição. Em outras palavras, ele explicitou, e não criou competências.

Finalmente, a mesma tese da imperatividade e constitucionalidade da regra sob análise se alcança por meio do argumento do juiz natural: como a competência jurisdicional deve fixar-se *no momento do fato*, caso a infração seja cometida durante o exercício funcional, os tribunais permanecerão competentes para julgar os agentes políticos após o término da investidura do agente político em seu respectivo cargo.

Sob qualquer ângulo de análise, portanto, é perfeitamente constitucional o § 1º do art. 84 do CPP.

5. REFERÊNCIAS BIBILIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, Trad. Zilda H. S. Silva, São Paulo, Landy, 2001.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 76 5/3/2007 12:33:41

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Tercera reimpresión, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. "Improbidade administrativa: crime de responsabilidade", Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, fev/mar de 2003.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica*: pensamento formal e argumentação. 3. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2003.

ÁVILA, Humberto. "Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 de outubro de 2005).

_____. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo, Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro, Organizações Simões, 1951.

BOBBIO, Noberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República, 3. ed. (ampliada), São Paulo, Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2001.

CRETELLA JR.,José. *Do Impeachment no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.249/92)*, 5. ed. (atualizada e revista), São Paulo, Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. "Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação", *RDA* 204/65 e ss.

GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 2. ed. (revista e ampliada), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 77 5/3/2007 12:33:41

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 2. ed.

MAZZILLI, Hugo Nigro. "O Foro por prerrogativa de função e a Lei 10.628/02". *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev/mar de 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. "Competência para julgar ação de improbidade administrativa", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed., 1953, vol. II.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*, São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. "Responsabilidade de Governador", *RT* 657/250-63.

SUSTEIN, Cass. "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, 84 (7): 1689, 1984.

TEIXEIRA, Marcelo Santos. "Foro competente para o julgamento de agentes políticos por ato de improbidade administrativa", Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 11, vol. 21, jan./jun. 2003.

TOJAL, Sebastião B. de Barros; CAETANO, Flávio C. "Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa", *in* Cassio S. BUENO e Pedro Paulo de Rezende PORTO FILHO (coordenadores), *Improbidade Administrativa*: *Questões Polêmicas e Atuais,* 2. ed. (revista, atualizada e ampliada), São Paulo, Malheiros/ SBDP, 2003.

TORON, Alberto Zacharias. "As ações penais e o foro por prerrogativa de função diante do novo § 1.º do art. 84 do CPP", Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, ano 6, n. 12, julho-dezembro de 2003, São Paulo.

TOURINHO FILHO, Fernando. "Da competência pela prerrogativa de função", *RT* 809/400.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 78 5/3/2007 12:33:41

Capítulo IV
Aplicação da garantia do Juiz Natural no Judiciário do Estado da Bahia

Edval Borges da Silva Segundo[*]

Sumário • 1. Breve Intróito. 2. Conteúdo e alcance do juiz natural. 2.1. O juiz natural e os tribunais de exceção: proibição de juízos extraordinários. 2.2. Juiz natural: juiz constitucionalmente competente. 2.3. Juiz natural: imparcialidade. 2.4. O juiz natural e o devido processo legal. 3. Aplicação da naturalidade do juízo no Judiciário baiano. 3.1. A garantia do juiz natural e as causas de Família. 3.2. O juiz natural e as Varas de Substituições. 3.3. A naturalidade do juízo e a nova Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. BREVE INTRÓITO

Na tradição do Direito Constitucional brasileiro, a garantia do juiz natural está presente desde o início, equivalendo-se tanto a proibição de tribunais extraordinários (*ex post facto*), como a vedação da evocação, ou seja, transferência de uma causa para outro tribunal. Em vista disso, vê-se a permissão do poder de atribuição, pela instituição de juízos especiais, desde que pré-constituídos.

Nesse sentido, estabelecia o inciso XVII do artigo 179 da Constituição Imperial de 1824 que *"À exceção das causas que por sua natureza pertençam a juízos especiais, não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causa cíveis ou criminais"*. Também no mesmo artigo, o inciso XI firmava que *"Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita"*.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, acompanhando a anterior, dispôs que (artigo 72, § 23)*"À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízes especiais, não haverá foro privilegiado"*; e no seu § 15 que *"Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada"*.

---

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 79 5/3/2007 12:33:41

Após a lacuna deixada pela Carta de 1937, que omitiu a garantia do juiz natural, espelhando-se na orientação ditatorial, a Constituição de 1946 repetiu a dicção das Leis Fundamentais anteriores.[1]

O Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em seu § 15 do artigo 150, reconduziu expressamente a garantia do juiz natural ao impedimento de foro privilegiado ou tribunais de exceção:

> "A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. **Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção**." (sem destaque no original)

A vigente Lei maior, assegurando a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal, proclama o juiz natural nos incisos XXXVII e LIII do seu artigo 5.º. Nesse sentido, assevera respectivamente que *"não haverá juízo ou tribunal de exceção."* e *"ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi devidamente ratificada e integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto n.º 678 de 1992. Tal pacto não trouxe qualquer novidade quanto a garantia do juiz natural, apesar de não citá-la explicitamente.

> "Artigo 8.º Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de uma prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (destaquei)

Assim, seguindo os termos do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, as garantias mencionadas pela Convenção de Costa Rica passaram a ter índole constitucional, determinado de modo mais preciso ainda o juiz natural.

2. CONTEÚDO E ALCANCE DO JUIZ NATURAL

A imparcialidade do juiz não é apenas um mero atributo da função jurisdicional, mas sim a sua essência. Em vista disso, o caráter aderente do juiz no processo, pela completa jurisdicionalização deste, leva a uma nova elaboração

1. Segundo o § 26 do artigo 21, *"Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção"*. Por sua vez, o § 27 do mesmo artigo dispôs que *"Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior"*. Ainda, o § 4.º do citado artigo acrescentava: *"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"*.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 80 5/3/2007 12:33:41

da garantia do juiz natural, não mais como um simples atributo, mas como um pressuposto de sua própria existência.

Nesse diapasão, segundo a conspícua lição de LUIGI FERRAJOLI:

> "A escolha do modelo de juiz – de seus requisitos pessoais, de suas modalidades de seleção e recrutamento, de sua posição constitucional, dos critérios de determinação de suas competências e das formas de controle de sua atividade – de fato está ligada ao modelo de juízo previamente escolhido, e, portanto, **à fonte de legitimação de modo geral atribuída à jurisdição.**"[2] (grifo)

Infere-se, portanto, que mais do que um direito subjetivo do cidadão, o juiz natural é a garantia da própria jurisdição, seu elemento característico, sua qualificação substancial. Em suma, sem a garantia do juiz natural, não há função jurisdicional.[3]

Outrossim, oportuna é a preleção de CARLOS ALBERTO OLIVEIRA:

> "A garantia do juiz natural, por sua vez, compõe também importante faceta do formalismo processual, por igualmente circunscrever o exercício arbitrário do poder impedindo a alteração da competência do órgão judicial ou a criação de tribunal especial, após a existência do fato gerador do processo, para colocar em risco os direito e garantias da parte, tanto no plano processual quanto material. Daí a necessidade de tal matéria ser regulada por um direito processual rigoroso, aplicado de maneira formal, sugestão a que desde muito se mostra sensível o ordenamento jurídico brasileiro, erigindo o princípio à condição de garantia constitucional."[4]

Para NELSON NERY, a garantia do juiz natural é tridimensional. *"Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal 'ad hoc', isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré- constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial."* [5]

Já ADA PELLEGRINI prefere falar do juiz natural em sua dupla garantia: a proibição de juízos extraordinários, constituídos *ex post facto* e a proibição de subtração do juiz constitucionalmente competente. Estas, seguindo seu magistério, se desdobram em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os

---

2. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 460.
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 29, p. 11-33, jan./março 1983. p. 11.
4. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 88.
5. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 81 5/3/2007 12:33:42

instituídos pela Lei maior; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; dentre os juízos pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.[6]

Ainda, conveniente é a lição do distinto constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES, ao expor que a garantia do juiz natural deve ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só impedir a criação de tribunais ou juízos de exceção, como também exigir o mais absoluto respeito às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do julgador.[7]

Além disso, consoante a completa lição do Prof. FREDIE DIDIER JUNIOR, a garantia do juiz natural exige um exame sob o aspecto objetivo, formal, e outro sob o aspecto substantivo, material. Naquele, o juiz natural é o juiz competente conforme as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas, enquanto no segundo, a aludida garantia assegura a independência e imparcialidade da justiça, com supedâneo no interesse público geral.[8]

2.1. O juiz natural e os tribunais de exceção: proibição de juízos extraordinários

O inciso XXXVII do artigo 5.º da Constituição de 1988 estabelece que *"não haverá juízo ou tribunal de exceção"*. Tal proibição, como se verá, é da natureza íntima da própria garantia do juiz natural. Caso contrário, a instituição de um tribunal de exceção implicaria numa ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela a condição conferida ao Poder Judiciário na democracia.

Conceituando, juízo ou tribunal de exceção é aquele criado e indicado por uma deliberação legislativa ou não, com o escopo de julgar um determinado caso. Trata-se de uma encomenda, ou seja, criado *ex post facto*, para julgar com parcialidade, para prejudicar ou favorecer alguém.

Em outras palavras, o órgão judiciário competente deve preexistir aos fatos com a base nos quais a causa será proposta. O fito da Constituição Federal é impedir que o Estado crie órgãos, diante de situações já delineadas, endereçados a julgamentos segundo influências simuladas.

---

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.* p. 28.
7. MORAES, Alexandre de. *O princípio do juiz natural como garantia constitucional*. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo= 76>. Acesso em: 29 out. de 2005.
8. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005. p. 86.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 82 5/3/2007 12:33:42

Ademais, seguindo essa linha, cumpre salientar que a proibição da criação de tribunais *ex post facto* não abrange as justiças especializadas. Em verdade, estas são atribuições e divisões da atividade jurisdicional entre vários órgãos do Judiciário.

Tanto assim que o plano constitucional pátrio jamais mostrou qualquer antipatia à instituição de justiças especializadas.

Ora, estes juízos especiais são orgânicos, pré-constituídos, integrantes do Judiciário, não se contrapondo, portanto, ao juiz natural. O que ocorre é apenas uma prévia distribuição de competências, ora em razão das pessoas, ora em razão da matéria.

Os tribunais formados *ex post facto* funcionam *ad hoc*, para cada caso concreto, enquanto nas justiças especiais se aplicam as leis a todos os casos de determinada matéria ou que envolvam partes previamente definidas.

Em suma, não se deve confundir tribunais de exceção, estes transitórios e arbitrários, com as justiças especializadas, permanentes e orgânicas. Estas são autênticas exemplares de conveniência e necessidade da justiça, com eficiência e celeridade, sem macular a garantia do juiz natural.

Tais argumentos também se aplicam às varas especializadas, como se verá em momento oportuno.

2.2. Juiz natural: juiz constitucionalmente competente

Ao lado da proibição de juízo ou tribunal de exceção, a Constituição Republicana garante, em seu inciso LIII do artigo 5.º, que *"ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"*. Trata-se, de tal sorte, de uma segunda extensão da garantia do juiz natural.

Desta forma, sob o aspecto formal da aludida garantia, considera-se competente a autoridade – juiz – definida pela Constituição ou pela lei mediante a indicação taxativa das causas que ele tem a atribuição de processar e julgar.

Para isso, na lição de DINAMARCO, é indispensável que haja uma *relação de adequação legítima* entre o juiz e a causa, que somente a Constituição e a lei definem e só elas podem alterar.[9]

9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. v. 1. p. 226.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 83 5/3/2007 12:33:42

Deduz-se, então, que não é lícito impor um juiz numa causa cuja competência não procede da Lei maior ou da legislação infraconstitucional no momento da propositura da demanda, não sendo, inclusive, permitido às mais altar cortes do Judiciário alterar as normas de competência estabelecidas previamente no direito positivo.

De maneira concludente e clara, o que existe no ordenamento pátrio é a garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*, este autoridade competente cuja função de julgar derive de fontes constitucionais. Nesse diapasão, vigora, aqui, a lição de FREDERICO MARQUES de que a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou.[10]

E assim ressaltou com muita propriedade o insigne mestre:

> "Se fosse dado à lei ordinária criar órgãos judiciários especiais que a Constituição não haja previsto, praticamente ela estaria subtraindo da apreciação do Judiciário as causas atribuídas ao mencionado órgão. É por isso que surge, como corolário do princípio do juiz natural, nos moldes amplos com que nosso regime o consagrou, a norma de que toda a jurisdição pertence à justiça comum, salvo nos casos em que a própria Constituição a delega a órgãos de Justiça especial. Fora do quem vem previsto na Constituição, nenhuma competência nova pode ser dada a essas justiças, porque então estaria sendo violado o princípio do juiz natural".[11]

Ao mesmo tempo, como muito bem lembrado por DINAMARCO, *"isso não significa que o sistema de competência seja absolutamente rígido."* [12] Há casos em que a própria lei indica hipóteses onde se prorroga o juízo (*v.g.*, na circunstância de uma incompetência relativa). *"Mas também aqui é da lei que vêm as regras sobre essa flexibilização, seja mediante a determinação dos casos em que a competência se prorroga (competência territorial), seja estabelecendo taxativamente as causas das possíveis prorrogações (p. ex., eleição de foro nos casos previstos no art. 111 CPC)".*[13] Vale lembrar, estas hipóteses são pré-constituídas, impessoais, orgânicas, coadunando-se com a garantia do *juiz legal*.

---

10. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium Editora, 2000. v. 1. p. 176.
11. MARQUES, José Frederico. *Ob.cit*. p. 177.
12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 226.
13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 226.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 84 5/3/2007 12:33:42

2.3. Juiz natural: imparcialidade

Em conformidade com o já dito, a imparcialidade do juiz não é apenas um mero atributo da função jurisdicional, mas sim a sua essência. Merecedor de destaque, mais uma vez, é a doutrina de CÂNDIDO DINAMARCO:

> "A imparcialidade, conquanto importantíssima, não é um valor e si própria mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a igualdade. Quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa." [14]

Tanto assim que, apesar da Constituição não dedicar termos à imparcialidade do juiz, contém nesta uma série de dispositivos com o fito de assegurar que todas as demandas postas em juízo sejam processadas e julgadas por juízes imparciais.

Ora, seria absurdo o Estado, após chamar para si a atribuição de solucionar conflitos, permitir que seus agentes, neste momento *'presentando'* o próprio Estado, o fizessem movidos por interesses próprios, sem o comprometimento com o valor da justiça.

Entretanto, não se deve presumir que a exigência de imparcialidade esteja conectada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Esta é absolutamente impossível, haja vista que o juiz, como qualquer ser humano, exerce suas atribuições embasado em razão e emoção. Ao julgar, o magistrado está amparado em premissas de índole ideológica, cultural, econômica etc.

Em suma, os juízes têm total e legítima liberdade para interpretar os textos legais e os fatos, seguindo os valores da sociedade.

O próprio sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam em favor da imparcialidade, uma vez que funcionam como freios a possíveis excessos e parcialidades.

Assim, ao proibir os juízos de exceção, além de cercar os magistrados com uma série de prerrogativas e impedimentos, garantindo a naturalidade dos juízos, objetiva a Constituição deixar os julgadores longes e imunes de qualquer influência danosa.

Necessários, portanto, são os ensinamentos de PIERO CALAMANDREI:

---

14. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 220.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 85 5/3/2007 12:33:43

> *"A asegurar la imparcialidad de los jueces tiende también la garantía fundamental de orden constitucional que tradicionalmente se denomina del 'juez natural' (...)."* [15]

2.4. O juiz natural e o devido processo legal

De todas as *máximas constitucionais*, sem dúvida alguma, a que mais se sobressai é o *devido processo legal*. Trata-se de um princípio de importância essencial para o direito processual.

Nesse sentido, oportuna é a lição do Prof. ALEXANDRE CÂMARA:

> "Dos princípios constitucionais de Direito Processual o mais importante, sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal. Consagrado no art. 5, LIV, da Constituição da República, **este princípio é, em verdade, causa de todos os demais.**" [16] (grifo)

O cumprimento rigoroso dos preceitos que buscam um processo justo, esses estabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, significa respeitar o devido processo legal.

O que se quer dizer é que todas as outras garantias constitucionais do direito processual – *juiz natural* e *contraditório*, para citar apenas duas – são vertentes do princípio do devido processo legal, e estariam presentes no direito brasileiro ainda que não tivessem sido incluídos de maneira expressa na Constituição Federal.

Assim, lúcida é a explanação de PAULO HENRIQUE LUCON:

> "Isso significa que oferecer decisões motivadas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, é respeitar o devido processo legal. Há portanto, uma superposição do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico" [17]

Essa noção do devido processo legal como *núcleo* é inerente ao próprio princípio, que tem projeções no âmbito processual e substancial.

Mais a mais, a simples consagração do aludido princípio na Lei maior seria suficiente para assegurar tais garantias do processo.

---

15. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962. p. 47.
16. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ob. cit.* p. 31.
17. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Ob. cit.* p. 26.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 86 5/3/2007 12:33:43

> "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do 'due process of law' para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies." [18]

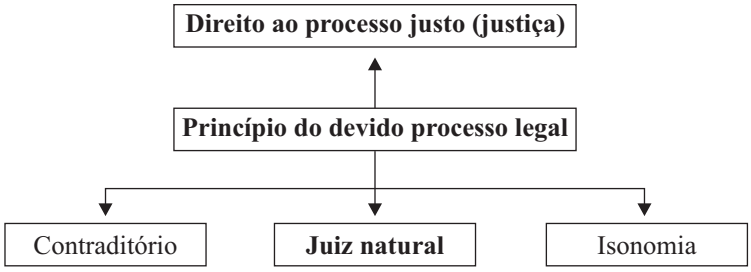
Ora, se a Constituição já assegura o devido processo em seu inciso LIV do artigo 5.º, despiciendo, portanto, *v.g.*, seria o inciso seguinte, *verbo ad verbum*: *"aos litigantes, e processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."*

Este importante princípio, na lição de NELSON NERY, nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça.[19] Na realidade, o devido processo legal é o norte de todas as outras garantias, e dentre estas está o *juiz natural*. Tanto assim que a consagração daquele já seria suficiente para assegurar esta. Basta dizer tais garantias já estariam presentes no direito brasileiro, mesmo se não houvessem sido incluídas de maneira expressa pela Lei maior.

Com exatidão, pode-se dizer que a garantia do juiz natural funciona, como as demais garantias, como um alicerce do *due process of law*. Trata-se aquela de uma ferramenta operacional desta.

Em simples síntese, se por alguma hipótese, a garantia do juiz natural for violada, tal defeito terá capacidade de demolir o princípio do devido processo legal, maculando, dessa forma, a justiça.

Logo, para melhor ilustrar o posicionamento do princípio do devido processo legal frente às garantias constitucionais do direito processual, segue o quadro abaixo.



18. NERY JÚNIOR, Nelson. *Ob. cit.* p. 32.
19. NERY JÚNIOR, Nelson. *Ob. cit.* p. 42.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 87 5/3/2007 12:33:44

Portanto, se por algum motivo, *v.g.*, a garantia do juiz natural for violada, tal vício terá fortes influências no devido processo legal, de sorte que não se pode falar em devido processo legal sem aquela garantia.

3. APLICAÇÃO DA NATURALIDADE DO JUÍZO NO JUDICIÁRIO BAIANO

Diante de todo exposto, examinando as experiências forenses no Estado da Bahia, verifica-se que nem sempre o legislador e o intérprete têm sido fiéis à garantia do juiz natural.

Consoante os casos explicitados nos tópicos subseqüentes, verificar-se-á que a pretexto da necessidade e conveniência do serviço público, bem como da celeridade, os elaboradores de leis e seus aplicadores maculam tal garantia, ofendendo a própria jurisdição, esta, como já demonstrado, encargo característico do próprio Estado de Direito.

3.1. A garantia do juiz natural e as causas de família

O primeiro exemplo de tal infringência, ainda vigente nas Varas de Família, é o rito especial da ação de alimentos. Segundo o artigo 1.º da Lei n.º 5.478 de 1968, a ação de alimentos independe de uma distribuição anterior, o que viola a garantia do juiz natural em todos seus aspectos. Senão, vejamos.

Dispõe o aludido dispositivo, *in verbis*:

> "A ação de alimentos é de rito especial, **independe de prévia distribuição** e de anterior concessão do benefício de gratuidade" (grifo)

Isso significa que o autor pode, em tese, dirigir-se ao juízo de sua escolha para intentar sua pretensão alimentar sem passar por uma prévia distribuição.

Com o fulcro no citado artigo, sabendo que cada magistrado está amparado em premissas ideológicas e culturais próprias, é comum na realidade forense a procura de juízos de família, pelos patronos, onde os alimentos provisórios são fixados em maiores quantidades. Em vista disso, encontra-se o demandante, claramente, em posição privilegiada frente ao demandado.

Contempla-se nessa hipótese total violação à garantia do juiz natural e, por conseguinte, ao devido processo legal e ao direito a um processo justo.

Ora, a livre distribuição, esta corolário da garantia fundamental ao juízo natural, é norma expressa e cogente do Código de Processo Civil brasileiro. Infere-

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 88 5/3/2007 12:33:44

se dos seus artigos 251 e 252 que onde houver, com competência concorrente, mais de um órgão, impõe-se a prévia distribuição, alternada, obedecendo à rigorosa igualdade entre os juízos.

Tal método processual não foi contemplado pelo legislador pátrio à toa. Esta apresenta uma finalidade prática e outra ética: aquela significa distribuir igualitariamente a carga de trabalho entre os juízos e esta tem o fito de evitar que a parte escolha, a seu livre arbítrio, entre os juízes competentes, o que deseje julgar seu processo.

Nessa seara, a livre distribuição se mostra como um instrumento da imparcialidade do magistrado. Não faz sentido, em face dos modernos postulados do direito processual e constitucional que consideram o sistema processual como um fator de efetividade das normas constitucionais, reputar irrelevante a ausência de uma prévia distribuição.

A livre escolha do autor, dirigindo-se ao magistrado de sua preferência, implicaria em subordinar o poder dispositivo da parte matéria que é de ordem pública e que paira acima da própria intervenção dos juízes.

Assim, o magistrado, ao despachar uma causa que não foi previamente distribuída, estará sempre sujeito a parecer suspeito de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público, o que ofende a credibilidade da jurisdição e do próprio Estado de direito.

Portanto, não se pode falar em qualquer imparcialidade na referida hipótese. Esta, diante da jurisdicionalização do juiz no processo, é a essência da própria jurisdição. Quer-se um juiz imparcial para que haja um tratamento igual entre os litigantes ao longo do processo, até a sua decisão. Logo, ao assegurar a imparcialidade dos juízes, garante-se a garantia fundamental ao juiz natural.

Observe-se ainda que, sendo a referida de lei de 25 de julho de 1968, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, como demonstrado em tópico anterior, já garantia a naturalidade do juízo em seu § 15 do artigo 150. Logo, naquele tempo o artigo supramencionado já era inconstitucional.

Como se não bastasse, diante de toda força normativa da Constituição de 1988 e da incontestável ligação atual entre o processo e aquela, tal norma não deveria ter sido sequer recepcionada.

Decerto, pela urgência que a própria natureza da ação alimentar exige, não pode, a pretexto de uma maior celeridade, violar a jurisdição. Buscar-se-á uma distribuição mais rápida, e não a livre escolha da parte, o que fere a credibilidade do Estado de Direito.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 89 5/3/2007 12:33:44

Ademais, o mesmo vem ocorrendo com as separações consensuais, seguindo o absurdo *caput* do artigo 13 da mencionada lei.

> "O disposto nesta Lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções."

Por todas as razões já expostas, não deve, nas referidas hipóteses, haver distribuição da demanda ao livre arbítrio do requerente, competindo ao juiz, por força da garantia fundamenta ao juiz natural, prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

As partes, em tal grau, devem proceder com lealdade e boa-fé (inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil), respeitando a probidade processual, caso contrário, o magistrado deverá considerá-la litigante de má-fé, condenando-a, em virtude de sua ação maliciosa. Do mesmo modo, os advogados devem defender os interesses dos seus clientes dentro dos limites éticos e morais, não se utilizando de fraudes processuais.

O magistrado, ao perceber a fraude no que tange ao restabelecimento da livre distribuição, tem o dever, consoante os termos do artigo 255 do Código Processual Civil pátrio, de corrigir, de ofício ou a requerimento do interessado, a falta de distribuição.

3.2. O juiz natural e as Varas de Substituições

Preocupados com a efetividade da prestação jurisdicional, alguns tribunais, entre eles o do Estado da Bahia, têm criado Varas de Substituições com o fito de suprir a carência de julgadores que assola todo o país.

Essas varas são lotadas por juízes titulares. Ocorre que aquelas não possuem cartórios e nem servidores, tão somente magistrados. Dessa forma, estes são designados pelo presidente do respectivo tribunal, tendo em visa *"a necessidade e conveniência do serviço público"*, para responderem por outras varas, até ulterior deliberação.

Atualmente, em Salvador existem 88 Varas de Substituições[20], e todos seus juízes titulares estão substituindo magistrados de outras varas.

Verifica-se, em tal hipótese, a ausência de qualquer critério prévio objetivo, este essencial para o juiz natural e, por conseguinte, para o devido processo legal.

---

20. Informação disponível em <http://www.tj.ba.gov.br/secao/magistrados/index.html>. Acesso em: 08.10.2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 90 5/3/2007 12:33:44

Exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do julgador, é a essência da própria jurisdição e um direito do cidadão.

Conseqüentemente, não pode o Tribunal de Justiça da Bahia, por meio de simples resoluções ou decretos, mesmo quando aprovados pelo seu órgão máximo, designar magistrados de primeiro grau para atuarem em outras varas, sob pena de malferir a garantia do juiz natural, consagrada pela Constituição brasileira.

Para por fim a essa celeuma, o artigo 198 da nova Lei de Organização Judiciária, se aprovada, porá fim as Varas de Substituição da Comarca da Salvador.

> "Art. 198 - **Ficam extintas as Varas Especializadas Criminais e as de Substituição da Comarca da Capital**, devendo seus titulares passar a ocupar, em caráter permanente, a titularidade de uma das Varas elencadas nesta Lei e de uma das Varas do Sistema dos Juizados na forma prevista no anexo II." (sem grifo no original)

No que tange as varas especializadas criminais, sob a égide da garantia do juiz natural, tal extinção seria desnecessária. Ora, essas varas são pré-constituídas, integrantes do próprio Judiciário. Trata-se, portanto, apenas de uma prévia distribuição de competências, seja em razão das pessoas, ou em razão da matéria.

Segundo o demonstrado, os juízos *ex post factum* funcionam para um determinado caso concreto, enquanto nas varas especializadas, os casos em que envolvam determinada matéria ou partes definidas, são previamente estabelecidas por lei.

3.3. A naturalidade do juízo e a nova Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia

O fim das Varas de Substituições não é a única inovação que poderá advir com a sanção da nova Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia.

Dispõe o seu artigo 54, *in verbis*:

> "Na comarca de Salvador, nas varas onde houver dois Juízes, cada um deles conservará sua competência incomunicável, devendo a distribuição dos feitos ocorrer na forma disciplinada em provimento da Corregedoria"

Assim, algumas varas da Comarca da Capital passarão a ter dois juízes, o que já ocorre nos Tribunais Regionais Federais.

Para tanto, a distribuição dentre magistrados de uma mesma unidade de competência jurisdicional deverá, do mesmo modo, obedecer a critérios prévios e objetivos, sob pena de se macular a garantia do juízo natural.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 91 5/3/2007 12:33:44

Conforme já referido no tópico anterior, sendo prévios e objetivos os critérios de distribuição, uma necessária conseqüência do juízo natural garante uma divisão igualitária das demandas entre os juízes da mesma vara, garantindo, desse modo, a credibilidade de suas decisões.

Para tanto, exemplar é a Resolução n.º 441 de 2005 do Conselho da Justiça Federal:

> "Art. 1º As petições, inquéritos policiais, representações e qualquer processo ou procedimento estarão sujeitos a classificação e distribuição, livre ou por dependência, **ainda que de natureza urgente, e somente depois disso serão objeto de jurisdição**, salvo aquelas apresentadas durante o regime de plantão.
>
> Art. 2º **A distribuição será feita por sistema de processamento eletrônico de dados, mediante sorteio, diariamente, por classes e assuntos, adotando-se numeração contínua segundo a ordem de apresentação**, ressalvada a precedência dos casos urgentes.
>
> § 1º **O Juiz Federal e o Juiz Federal Substituto concorrem à distribuição em igualdade de condições, estejam os respectivos cargos ocupados ou não**; se um desses cargos estiver vago, o juiz em exercício na vara jurisdicionará todos os processos." (grifo)

Nesse sentido, corrobora-se a imensa importância que deve ser dada aos critérios de distribuição. Segundo a resolução *supra*, os processos devem passar pela distribuição mesmo se apresentarem uma natureza urgente. Além do mais, os juízes lotados numa mesma vara devem concorrer à distribuição em igualdade de condições.

Seguindo essa linha, a Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região instituiu o Provimento n.º 3, regulamentado a questão:

> "Art. 56. Os processos serão distribuídos ao juiz federal substituto, quando em função de auxílio, na proporção de 50% (cinqüenta por cento), observando-se as seguintes regras:
>
> a) em relação aos processos já distribuídos, tocarão ao juiz federal substituto os que tenham terminação ímpar, ressalvados os casos de prevenção, vinculação ou outra causa de reunião a um mesmo julgador;
>
> b) em relação aos processos distribuídos posteriormente, será mantida a mesma forma de distribuição (pares para o juiz federal e ímpares para o juiz federal substituto)."

Por tudo o exposto, a Corregedoria do Tribunal de Justiça da Bahia, com o escopo de zelar a garantia do juízo natural, bem como o devido processo, tem o dever de regulamentar critérios objetivos, consoante o exemplos aqui trazidos, para a devida distribuição de processos entre juízes de uma mesma vara.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 92 5/3/2007 12:33:45

4. CONCLUSÃO

Diante de todas as razões expostas no presente trabalho, cumpre, por fim, apresentar as seguintes deduções:

1) A garantia da naturalidade do juízo é a fonte de legitimação de modo geral à jurisdição. Por isso, mais que um direito subjetivo do cidadão, o juiz natural é a garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial.

2) Tal garantia se desdobra em: a) proibição de juízo ou tribunal de exceção; b) direito ao juiz competente, pré-constituído em lei e c) imparcialidade.

3) Assim, se faz necessária a interpretação da garantia do juiz natural em sua plenitude, exigindo o mais absoluto respeito às regras objetivas de determinação de competência.

4) No que tange ao primeiro desdobramento, a proibição de juízos de exceção (*ex post* facto) significa que o órgão judiciário competente deve preexistir aos fatos com a base nos quais a causa será proposta.

5) Cumpre salientar que as justiças especializadas não maculam a garantia do juiz natural, posto que são orgânicos, pré-constituídos em lei e integrantes do próprio Judiciário.

6) Quanto a segunda vertente da garantia em comento, a exigência constitucional de um juiz competente é elemento de fundamental importância para a jurisdição. Trata-se de uma legítima adequação entre o juiz e a causa.

7) Sobre a terceira extensão do juiz natural, a imparcialidade do magistrado é fundamental para que se dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo. Caso contrário, ofenderia a credibilidade da jurisdição.

8) Conseqüentemente, infere-se que a garantia do juiz natural funciona como um verdadeiro alicerce do devido processo legal. Sem aquela, o *due process of law* seria demolido, maculando, por conseguinte, a justiça.

9) Ocorre que, examinando a prática forense, verifica-se que nem sempre o legislador o intérprete respeitam a garantia do juiz natural.

10) O primeiro exemplo da infringência à referida garantia se verifica nas Varas de Família. Desse modo, o rito especial da ação de alimentos, segundo o artigo 1.º da Lei n.º 5.478, dispensa a prévia distribuição, o que autoriza, em tese, que o autor se dirija ao juízo de sua escolha para intentar a sua pretensão alimentar.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 93 5/3/2007 12:33:45

11) Ora, a prévia distribuição é corolário da garantia do juiz legal, sendo expressa pela norma cogente do Código de Processo Civil. Este método busca a distribuição igualitária dos processos entre os julgadores e o livre arbítrio de uma das partes, garantindo a imparcialidade e a igualdade.

12) Neste caso, não se pode violar a jurisdição à pretexto da celeridade, que se exige diante da urgência da própria natureza da ação alimentar.

13) A segunda lição de mácula ao juiz natural é a Vara de Substituições. Estas são lotadas por juízes titulares que são designados pelo presidente do Tribunal para, com a desculpa da necessidade e conveniência do serviço público, responderem por determinadas varas.

14) Atualmente, a Comarca de Salvador apresenta 88 Varas de Substituições.

15) Com o fulcro na exigência do respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, esta essencial para a jurisdição, não pode o Tribunal de Justiça da Bahia, através de simples resoluções ou decretos, mesmo que aprovados pelo órgão máximo, designar magistrados para atuarem em outras varas, sob pena de macular a garantia do juiz constitucional.

16) Para por um fim a essa *"algazarra"*, o projeto de lei da nova Organização Judiciária da Bahia pretende por fim às Varas de Substituições.

17) Entretanto, essa não é a única inovação que poderá advir com a nova lei. Prevê o projeto em questão a existência, como já existe na Justiça Federal, de dois juízes por cada vara da Comarca da Capital.

18) No entanto, a distribuição dentre estes magistrados deverá, também, obedecer a critérios prévios e objetivos para que seja garantido o juiz natural.

Eis, portanto, as conclusões de uma modesta contribuição para um debate de extrema relevância forense, principalmente para o Estado de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Nylson Paim de. Princípio do Juiz Natural. *Revista do TRF – 1.ª Região*, Brasília, set. 2005.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: *da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 94 5/3/2007 12:33:45

BAHIA. *Constituição do Estado da Bahia, de 1989*. RCN Editora, 2004.

_____. *Lei nº 3.731, de 22 de novembro de 1979*: Organização Judiciária do Estado da Bahia. RCN Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller Editora, 1998. v. 1.

CINTRA, A. C. de Araújo; GRINOVER, A. Pellegrini; DINAMARCO, C. Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 29, p. 11-33, jan./março 1983.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Processo Civil: Leituras Complementares para Concursos*. Didier Júnior, Fredie (Org.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2003. v. 1.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 95 5/3/2007 12:33:45

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. *Breves notas sobre a aplicabilidade do princípio do juiz natural no processo civil contemporâneo* . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 950, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7918>. Acesso em: 24 out. 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium Editora, 2000. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *O princípio do juiz natural como garantia constitucional*. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76>. Acesso em: 29 out. de 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. 1.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 96 5/3/2007 12:33:45

Capítulo V
Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: Diagnóstico crítico e alternativas de superação

*Elmir Duclerc**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prisão processual e o princípio do estado de inocência. 3. A prisão processual e o princípio da proporcionalidade. 4. A prisão processual e o princípio do devido processo legal. 5. A prisão processual e o direito a julgamento em prazo razoável. 6. Dignidade da pessoa humana. 7. A inefetividade das normas de proteção à liberdade e a crítica do sistema penal. 8. A inefetividade do sistema constitucional de garantias na prática dos sujeitos processuais. 9. Conclusões. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi apresentado, oralmente, como parte integrante do painel "Limites e Funções da Prisão Processual", no 12º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim, ocorrido, em São Paulo-SP, entre os dias 29.08.2006 a 01.09.2006.

Dentro dessa temática optou-se por estudar o tema a partir da identificação dos princípios consagrados no texto constitucional e em documentos internacionais de Direitos Humanos aos quais o Brasil aderiu, e que tem aplicação direta à matéria, para, em seguida, aferir quanto à sua efetividade, ou seja, sua aplicação concreta no âmbito da legislação infraconstitucional e da prática diária dos profissionais das carreiras jurídicas da atualidade, procurando, por fim, identificar as causas do problema e sinalizar com possibilidades de superação.

O tema sob análise, todavia, reclama uma reflexão mais profunda sobre a própria legitimidade da persecução penal na modernidade. Como bem salienta Vieira, "não sem razão, já se disse que o processo penal é o sismógrafo da constituição de um Estado (Claus Roxin), que o processo é o próprio 'Derecho constitucional reglamentado' (Julio B. J. Maier), ou que é ainda 'el termómetro dos elementos corporativos o autoritários de la Constitición' (Goldschimidt). Mas,

* Promotor de Justiça em Salvador-BA. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Professor de Direito Processual Penal e coordenador geral do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado-BA.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 97 5/3/2007 12:33:46

se tudo isso é verdadeiro, não se pode perder de vista que é através da forma como está regulamentada e como é aplicada a prisão provisória que se pode mais facilmente reconhecer o processo penal de uma nação".[1]

Talvez por isso, a advertência de Binder, no Prefácio do seu fabuloso trabalho *Introdução ao Direito Processual Penal:*[2]

> "Este é um livro de introdução aos mecanismos que nós, seres humanos, utilizamos para prender os nossos semelhantes dentro de jaulas (...) Poderia apresentá-lo falando da justiça, da jurisdição, dos grandes princípios constitucionais, das inumeráveis metáforas que os juristas inventaram para acreditar que no final de tudo não está o cárcere, mas não quero fazê-lo.
>
> – Senhores estudantes! No final disto tudo está o cárcere, e o cárcere é uma jaula para prender humanos."

Trata-se, portanto, de uma investigação que se pretende *crítica,* isto é, que compreende o sistema penal e o próprio fenômeno jurídico circunscritos à dinâmica das relações de poder travadas na sociedade, sem perder de vista, portanto, o compromisso declarado com a construção de um processo penal democrático, atento à demanda social por segurança pública, mas intransigente na defesa da liberdade e demais direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.

2. A PRISÃO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Dentre os princípios do direito processual penal que têm aplicação direta no regime de prisões processuais, destaca-se como mais importante, sem dúvida, o chamado princípio da *presunção* ou *estado de inocência,*[3] ou, ainda, da *não culpabilidade,* positivado, como se sabe, no art. 5.º, LVII, da CF/88, bem como no art. 8.º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,[4] ou Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil, e vigente por força do Dec. 678/92:

---

1. VIEIRA, Antônio. Princípio da proporcionalidade e prisão provisória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8694>. Acesso em: 21 nov. 2006.
2. BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, XXI.
3. A respeito de tal princípio, lembra OLIVEIRA que o mesmo "impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório,* pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação". Ob. cit., p. 23.
4. No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que estabelece em seu art. XI, 1 que "toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 98 5/3/2007 12:33:46

Inicialmente, veja-se que o princípio sob comento não pode ser bem compreendido senão como consectário lógico do princípio da proteção constitucional à liberdade e *garantia* da sua efetividade. No particular, aliás, veja-se a preciosa lição de Binder:

> "Construir com certeza a culpabilidade significa destruir, sem deixar dúvidas, a situação fundamental de liberdade da pessoa acusada. Se não houver este grau de certeza, não se poderá chegar à decisão, da culpabilidade... a situação básica de liberdade deve ser destruída mediante uma certeza, caso contrário permanece o *status* básico de liberdade.[5]

Tem-se, assim, que se ninguém pode ser *considerado* culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, então também não pode, em princípio, sofrer antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação. Esse raciocínio simples e claro põe em cheque, na verdade, todo o sistema de prisões processuais. Num primeiro momento, poder-se-ia cogitar que todas as modalidades de prisão processual foram simplesmente abolidas, ou, em sentido diametralmente oposto, como Silva Jardim, que a norma do art. 5.º, LVII, da CF/88, deve incidir somente sobre a questão do ônus da prova. A opinião prevalecente, contudo, tanto na doutrina como na jurisprudência, é que a as prisões processuais não foram exatamente abolidas, mas só poderão persistir enquanto cumpram alguma função *cautelar*, isto é, enquanto sirvam realmente para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento, e desde que estejam presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.[6] O argumento, no caso, é bastante simples e convincente: se a prisão pode vir como resultado de um título executivo penal, então ela pode ser antecipada quando a prisão for imprescindível para evitar que o acusado, solto, inviabilize a obtenção desse título executivo ou frustre, fugindo, a possibilidade da execução.

Observe-se, contudo, que o princípio sob análise não tem encontrado ressonância na legislação infraconstitucional.

Veja-se, por exemplo, a possibilidade de decretar a prisão preventiva quando houver ameaça à ordem pública ou à ordem econômica, como prevê o art. 312,

---

5. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 88-89.
6. A doutrina processual penal mais moderna, reclamando a construção de uma noção própria de cautelaridade para o processo penal, prefere utilizar essas expressões em detrimento das categorias já conhecias do direito procesual civil, *fumus bonmi iuris* e *periculum in mora.*Assim, por exemplo, LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 189 e DELMANTO JUNIOR. *Modalidades de prisão processual e seu tempo de duração*, p. 66-67.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 99 5/3/2007 12:33:46

do CPP, pois, seja qual for o sentido que se pretenda atribuir a essas expressões, a restrição à liberdade, nesses casos, não cumpre qualquer função de garantia em relação a resultado útil do processo principal. Tem, portanto, finalidade própria (garantir a ordem pública ou econômica), e se traduz, assim, em medida satisfativa, que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado. De igual modo, violam a presunção de inocência as normas que determinam o encarceramento como conseqüência imediata da sentença condenatória ou da decisão de pronúncia, e aquelas que simplesmente vedam a concessão da liberdade provisória, em alguns casos, sem a demonstração efetiva da necessidade da tutela cautelar.

3. A PRISÃO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Impossível deixar de referir, ainda, o chamado princípio da proporcionalidade, largamente aceito e compreendido pela doutrina constitucionalista como sendo uma espécie de regra fundamental a ser observada pelos que exercem o poder, exigindo uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são perseguidos.

Segundo Bonavides, citando Muller:[7]

> "Nesta última acepção (...) há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente".[8]

Registre-se, ademais, que o princípio da proporcionalidade encontra-se indubitavelmente positivado no nosso direito constitucional, visto que,

> "Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da constituição(...)".[9]

Finalmente, não é preciso muito esforço para vislumbrar as inúmeras possibilidades de aplicação concreta do princípio em direito e processo penal, particularmente na disciplina jurídica das prisões. Parece claro, por exemplo, que à luz desse princípio a prisão processual deve ser sempre *excepcional,*[10] isto é,

7. MULLER, Pierre, *Zeitschrift fürRecht,* Band 97, 1978, Basel, p. 531*,* apud BONAVIDES, Paulo, op. cit..
8. BONAVIDES, op. cit., 357. Na mesma linha, CANOTILHO. Op. cit., p. 262-261.
9. BONAVIDES, p. 396.
10. Nesse sentido, DELMANTO JUNIOR, op. cit., p. 65.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 100 5/3/2007 12:33:47

deve ser sempre a última opção para a preservação do resultado útil do processo, e jamais poderá ser mais gravosa do que a própria sanção penal prevista para o crime, o que significa dizer que jamais poderia ser decretada quando a infração não admitisse pena privativa de liberdade em regime fechado.

Não há, contudo, qualquer restrição na legislação infraconstitucional nesse sentido, o que tem levado muitos juízes a decretar ou manter prisões processuais em casos tais.

4. A PRISÃO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do *devido processo legal* se encontra expressamente previsto no art. 5.º, LIV, da CF/88, nos termos seguintes:

> Art. 5.º (...)
>
> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

Veja-se, inicialmente, que da mesma maneira que o princípio do *estado de inocência* está diretamente vinculado ao princípio da proteção à liberdade, o *devido processo legal* parece decorrer dos demais, funcionando, inclusive, como garantia de sua efetividade. Assim, para que seja modificada a situação natural de liberdade de qualquer pessoa, necessário que seja definitivamente provada a sua culpa, através de um processo judicial prévio.

Observe-se, contudo, que o princípio não deve ser entendido apenas como exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos, mas, antes, como exigência de um determinado tipo de processo (o processo devido).[11] Trata-se, assim, de uma maneira especial de enxergar o *due process of law,* compatível com a idéia segundo a qual, na lição de Canotilho, "uma pessoa não tem direito apenas a um processo legal, mas sobretudo, a um processo legal, justo e adequado". Nessa mesma linha, prossegue o mestre português, que francamente se orienta conforme essa tendência, o devido processo legal poderia então ser considerado "como protecção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substantivas".[12]

---

11. Sobre o devido processo legal nesse sentido mais reduzido, aliás, melhor será tratá-lo, como faz Antônio SCARANCE FERNANDES, *de garantia do procedimento típico.* (SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional,* p. 105.)
12. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* p. 450-451.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 101 5/3/2007 12:33:47

De igual modo, ao refletir sobre o conteúdo do *due process,* sustenta Silva Jardim:

> "A cláusula 'devido processo legal' deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de Direito e não mero objeto de investigação (...)".[13]

É o próprio professor carioca, ademais, informa, fazendo coro com a melhor doutrina pátria, o que seria o processo *justo,* ao afirmar que "o devido processo legal está vinculado à depuração do sistema acusatório de processo penal".[14]

O *devido processo legal,* portanto, será, sem dúvida, um processo típico, ou seja, cujos trâmites estejam previstos com anterioridade na lei. Mas, muito além, deve ser também um processo orientado conforme os cânones do chamado *sistema acusatório de processo penal*, ou seja, um processo composto por um juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições. No dizer de Prado,

> "(...) um processo de partes, visto quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz no exercício das mencionadas funções."[15]

Se a prisão antes de passar em julgado a sentença deve ter sempre natureza de medida cautelar, então é certo que, como forma específica de manifestação do poder jurisdicional, deve também estar sempre vinculada ao *princípio do devido processo legal*, isto é, ao *sistema acusatório* de processo penal, o que significa, note-se bem, que nenhuma prisão poderia ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante simples representação da autoridade policial, isto é, sem *pedido* expresso do acusador. Essa orientação, contudo, tem sido sistematicamente rechaçada pela jurisprudência pátria,[16] onde prevalece, lamentavelmente, a tese

13. SILVA JARDIM, *Direito processual penal*, p. 318.
14. Idem.
15. PRADO, Geraldo, op. cit., p. 114.
16. Ver, nesse sentido, as seguintes decisões referidas ao final do capítulo: TRF 4ª R., 1ª T., HC 90.04.20698-1, rel. Paim Falcão, j. 27.09.1990, *RTRF* 4ª R. 4/559; STJ, 6ª T., RO em HC 8.755, rel. Hamilton Carvalhido, j. 28.09.1999, *DJU* 24.09.2001, p. 341; STJ, 5ª T., HC 16.333, rel. Gilson Dipp, j. 14.08.2001, *DJU* 15.10.2001, p. 275.
17. Essa tendência autoritária, aliás, permanece impregnada no Projeto de Lei 4.208/2001, que tramita no Congresso Nacional, e pretende alterar o CPP no que se refere às medidas cautelares, e à prisão processual especialmente.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 102 5/3/2007 12:33:47

inquisitorial do *poder geral de cautela* do juiz.[17]

5. A PRISÃO PROCESSUAL E O DIREITO A JULGAMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL

As prisões processuais, como já se disse, são mecanismos que permitem restringir o estado original de liberdade do indivíduo, e como tais só poderão ter lugar, à luz da Constituição Federal, em situações excepcionais, quando e *enquanto* for estritamente necessária para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento.

A necessidade de proteção jurídica à liberdade, todavia, exige mais que isso, e tem inspirado, assim, a introdução, em alguns importantes documentos internacionais de direitos humanos, de normas que exigem limitação temporal a qualquer restrição legal que se pretenda impor, no curso de um processo criminal, a esse direito fundamental. É assim, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (art. 9.º, 3; 14º, 3, *c)*, 10º, 2, *b)*) e na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7.º, 5; e 5.º, 5), que, como já dissemos, integram o nosso ordenamento jurídico, por força da norma do art. 5.º, § 2.º, da CF/88.

Não basta, portanto, que a prisão seja excepcional, mas deve haver um prazo razoável para a sua duração, mesmo quando for estritamente necessária. A própria legislação infraconstitucional, note-se bem, parece ter intuído essa lógica, pelo menos na regra do art. 648, II, do CPP, que permite a utilização do *habeas corpus* para coibir uma coação ilegal à liberdade ambulatória *quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.*

O problema, contudo, é que, salvo raras exceções,[18] a lei não estabelece de forma clara limites temporais para que alguém permaneça preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que há, na verdade, são prazos legais estabelecidos para a prática de alguns atos processuais atribuídos às partes e ao juiz que vem sendo utilizados como critérios para aferir qual o tempo limite de duração da prisão.

Note-se, por outro lado, que ainda existe muita polêmica sobre a forma de contagem desses prazos, para fins de configurar ou não *coação ilegal à liberdade ambulatória.* É que, enquanto alguns defendem a contagem isolada, outros (em maior número, aparentemente) sustentam a possibilidade de contagem global,

18. Prisão temporária e crimes hediondos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 103 5/3/2007 12:33:47

em que o atraso num determinado ato processual poderá se compensado, mais adiante, pela economia de tempo na realização de atos subseqüentes, de forma que o excesso só estará configurado quando for extrapolado o limite resultante da soma de todos os prazos específicos. Esse último, aliás, é o entendimento consagrado na jurisprudência pátria.[19]

Assim, por exemplo, se a infração penal deve seguir o procedimento para os crimes punidos com reclusão, previsto no art. 394 e ss., o tempo máximo de prisão deve ser de 81 dias, resultante da soma dos seguintes prazos para os diversos atos processuais ali previstos.

Observe-se, contudo, que, seja qual for o procedimento adotado, embora haja prazos preclusivos para a interposição dos recursos (apelação e recurso em sentido estrito), bem como para seu processamento em primeira instância, não existe regra limitando o tempo para o seu julgamento na instância superior.

Omissões como essas têm gerado grandes dificuldades e incertezas, sobretudo pela existência desses verdadeiros *tempos mortos*, no dizer de Delmanto Junior, "momentos em que o judiciário poderia restar inerte ou atuar de maneira extremamente morosa, não impondo o devido andamento ao processo, sem que esse tempo fosse contado para efeito de excesso de prazo na prisão cautelar".[20]

Ademais, e lamentavelmente, a jurisprudência pátria, de um modo geral, ao invés de trabalhar na construção de critérios mais rígidos para a identificação clara do excesso em cada caso, tem contribuído no sentido de relativizar até mesmo os parâmetros objetivos que ainda restam, tornando ainda maior a margem de arbítrio judicial sobre as questões em torno da liberdade.

Talvez por influência dos documentos internacionais de direitos humanos,[21] tornou-se lugar comum falar em *razoabilidade* como critério último para decidir sobre excesso de prazo na prisão processual. Ocorre, contudo, que aqui também estamos diante de uma expressão deveras abstrata, a reclamar um processo de objetivação, seja através do próprio texto legal ou, na sua falta, através de construção jurisprudencial. O que se vê, todavia, é uma perigosa tendência em lançar mão do argumento da razoabilidade para, muitas vezes, sim-

19. Nesse sentido: TRF 4ª R., 2ª T., HC 95.04.36081-5, rel. Tânia Escobar, *DJU* 27.09.1995 e *Revista Jurídica* 219/124.
20. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 233.
21. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9.º, 3, 1ª parte; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, art. 7.º, 5, 1ª parte.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 104 5/3/2007 12:33:47

plesmente negar a existência de coação ilegal, mesmo nos casos em que o prazo de 81 dias (no procedimento ordinário) tenha sido excedido. Conforme o preciso diagnóstico de Silva Franco[22] e, depois, Delmanto Junior,[23] haveria algumas tendências jurisprudenciais claramente influenciadas por essa lógica de relativização da proibição do excesso de prazo sob argumentos diversos, isto é, a prisão estaria justificada, apesar de excedido o prazo de 81 dias, desde que:

a) Já tenha sido alcançada uma determinada fase processual, ou seja: as testemunhas de acusação já foram ouvidas, a instrução já foi concluída; o processo já se encontra em alegações finais; os autos estão conclusos para sentença; a sentença já foi prolatada; nos processos da competência do júri, já houve decisão de pronúncia.

b) O fato investigado seja grave.

c) A causa seja complexa.

d) O atraso tenha sido provocado pela defesa.

Todas essas tendências dão o tom, na verdade, de como tem sido, de um modo geral, o comportamento da jurisprudência brasileira em termos de direito e processo penal, ou seja, lançando mão sempre de um processo esquizofrênico de interpretação *retrospectiva* da Constituição e dos documentos internacionais de direitos humanos, pela qual, no dizer de Barroso[24] "se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o antigo".

6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por fim, convém chamar atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado genericamente no art. 1.º, III, da CF/88, e desdobrado, sem dúvida alguma, nos incisos III e XLIX do art. 5.º, da CF/88, que rezam:

> "III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
>
> XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;"

Quem conhece minimamente o sistema carcerário do país tem idéia do cínico

22. FRANCO, Alberto Silva. Jurisprudência organizada: *habeas corpus* (terceira parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 02, abr.-jun. 1993, p. 166-215.
23. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 297 e ss.
24. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 70-71.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 105 5/3/2007 12:33:48

e absurdo descompasso que existe, no caso, entre norma e realidade. Os últimos números oficiais do Brasil dão conta de uma população carcerária de 376 mil pessoas, espremidas em cerca de 250 mil vagas, em condições absolutamente precárias, expostas a toda sorte de riscos e doenças. Basta lembrar, no particular, outros números oficiais que dão conta de 303 rebeliões no ano de 2003, com mais de 300 mortos, ao todo.

7. A INEFETIVIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À LIBERDADE E A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL

Para entender o porque da ineficácia sistêmica das normas de proteção à liberdade, é necessário, antes de qualquer coisa, ter em mente que o Direito é um fenômeno social, necessariamente ligado, portanto, a um complexo de fatores de ordem política, econômica e cultural.

Somente sob esse prisma, aliás, é possível compreender a própria construção da base principiológica do Direito Penal e do Direito Processual Penal contemporâneos, por parte do pensamento ilustrado liberal do século XVIII, como uma forma de resistência ideológica ao arbítrio punitivo do absolutismo. Lembra Ferrajoli que foi justamente através da crítica dos sistemas penais e processuais do *Ancien Régime,* durante os séculos XVII e XVIII, que se foram construindo os valores da cultura jurídica moderna em geral, como o respeito à pessoa humana, a liberdade, o nexo entre liberdade e legalidade, os limites à atividade do Estado frente aos cidadãos, a separação entre direito e moral, etc.

Essa união entre direito penal e filosofia política reformadora, todavia, é rompida na segunda metade do século XIX, quando, consolidado o poder da burguesia, e instalado o Estado liberal, foi-se afirmando uma concepção conservadora e autoritária do direito penal como técnica de controle social, que trouxe, paulatinamente, uma perigosíssima relativização dos postulados construídos no século anterior.

O resultado, disso tudo, contudo, só seria desocultado em toda a sua extensão

25. Cabe, sem dúvida, a Kant, a paternidade do termo *crítica*, como *o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si*. ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p. 221. De lá pra cá, é lógico que o termo *crítica* tem dado azo a um sem número de definições e redefinições, de forma que seria absolutamente inimaginável, para os limites desse trabalho, dar conta de todas elas. Pode-se trabalhar, contudo, com a noção clara e simples formulada por MICHEL MIAILLE, que assinala: "É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o invisível." *Introdução crítica ao direito*, p. 21. Vale dizer, adotar uma postura crítica significa, no estudo de fatos sociais, a busca dos impensados sociais, das realidades que estão escondidas por trás dos discursos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 106 5/3/2007 12:33:48

a partir das contribuições da chamada *criminologia crítica,*[25] que se apresenta como um novo grande paradigma do pensamento criminológico moderno, em substituição à chamada criminologia tradicional ou *etiológica,* despreocupando-se com o estudo das causas do comportamento criminoso para debruçar-se sobre "as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o *status* de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos (*labeling approach*), assim, como para o funcionamento da reação social informal e institucional".[26]

Em suma, com a criminologia crítica criam-se condições para a denúncia do sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas através do próprio direito penal, que *funciona* na medida em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos, em detrimento de todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade.

É fácil compreender, portanto, a esta altura, por que razões as normas de proteção à liberdade não conseguem acolhida na legislação infraconstitucional e na prática dos operadores do direito, e porque é tão importante recuperar, como faz Ferrajoli, o sistema ilustrado de direito e processo penal, a partir da crítica e resgatar as *garantias individuais* em sua maior abrangência possível, como única forma de proteger as classes subalternas contra a voracidade punitiva das nossas elites burguesas.

A novidade, contudo, é que a lógica da exclusão e a ação extremamente desumana do sistema penal parece estar chegando, no Brasil, a um verdadeiro ponto de estrangulamento. Como era de se esperar, a repressão violenta à criminalidade, estimulada em grande parte por uma imprensa pouco escrupulosa, ávida em vender a notícia sangrenta, acaba se convertendo, ela mesma, num elemento extraordinário de reprodução da violência, pois ninguém em sã consciência pode imaginar que alguém tratado com extrema desumanidade possa manter vivo por muito tempo suas características e valores humanos mais elementares.

Das muitas coisas que foram ditas durante a recente crise de segurança vivida recentemente no Estado de São Paulo, nas entranhas do seu sistema prisional, duas afirmações chamam atenção: uma como exemplo de extrema lucidez; e outra como exemplo de um memorável desatino, que vale muito, todavia, como objeto de análise e crítica. Sobre a crise vivida, disse o então governador Cláudio Lembo, do alto de sua sabedoria anciã, que a elite branca de São Paulo não iria

26. BARATTA, A., op. cit., p. 210-211.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 107 5/3/2007 12:33:48

mais conseguir esconder debaixo do tapete aquilo que seria o resultado de toda uma história de exclusão e desigualdade. Por outro lado, o Ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em entrevista à revista *Playboy,* falando sobre a candidatura de Geraldo Alckimin no pleito presidencial de 2006, respondeu que a questão da segurança pública seria, de fato, uma fragilidade na campanha do seu colega de partido, mas que isso se devia a uma *fatalidade* (?), já que teria sido ele, Alckmin, quem mais fez, construindo presídios, etc. À parte a sandice (ou conveniência política) de explicar a crise de São Paulo da mesma forma que se explica a queda de um raio, um tufão, um terremoto, a afirmativa do ex-presidente traz pelo menos uma mensagem verdadeira, ainda que subliminarmente: de fato talvez tenha sido o último governo de São Paulo aquele que mais investiu numa política irracional e extremamente violeta de gestão penitenciária e de segurança pública.

8. A INEFETIVIDADE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS NA PRÁTICA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Se de um lado a criminologia crítica denunciou a seletividade do sistema penal no que se refere aos seus clientes, isto é, aos miseráveis que vão ser concretamente alcançados pelos órgãos da persecução penal, parece claro, também, essa mesma lógica da seletividade também atua do outro lado do balcão.

É justamente aqui, a partir da investigação crítica do regime jurídico, e, sobretudo, da atuação concreta de juízes, promotores, defensores, que se pode perceber, com clareza solar, a violência, as contradições e incoerências próprias do nosso sistema de justiça penal, construído, como se sabe, sob o signo do autoritarismo e comprometido até a medula com a manutenção de um modelo assombrosamente injusto de divisão de bens e de trabalho.

É preciso lembrar, nessa linha de pensamento, que desde a queda do muro de Berlim, em 1989, vivemos no plano econômico uma situação de absoluta hegemonia do capitalismo como referencial em termos de modo de produção no mundo inteiro. Como conseqüência disso, ademais, os países capitalistas do ocidente, orientados pelo chamado *Consenso de Washington* (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização Mundial do Comércio – OMC), trataram de desmontar as estruturas do chamado *estado providência*, fazendo ressurgir, sob nova roupagem, e muito mais voraz, o bom e velho liberalismo econômico radical e ortodoxo, sob o apelido de *neo.*

Uma das mais terríveis conseqüências desse processo, contudo, talvez seja a influência dessa cultura *neo liberal* sobre a visão de mundo das gerações que vão começando a assumir as funções de liderança política na sociedade, sobretudo

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 108 5/3/2007 12:33:48

aqueles oriundos da classe média que, com o seu estilo de vida e valores, representam com mais fidelidade o modelo de sociedade em que vivemos, ou seja: consomem e querem continuar consumindo; sonham em ascender à elite ou, pelo menos, manter pra si o padrão de vida de seus pais; estão alheios ao debate político e mesmo às grandes questões de interesse nacional e internacional; acreditam no valor da *competição*, que cobre de glórias o vencedor, mas exclui e humilha os milhares de perdedores; apesar disso, aceitam, frequentemente, *vencer* por meios não muito meritórios, desde a *pesca* ou *cola* em provas e concursos, até a indicação de um parente ou amigo para um determinado cargo público; vivem conectados à internet, e por isso lêem pouco; são totalmente vulneráveis às manipulações da grande mídia.

Ocorre que são exatamente essas pessoas, oriundas da classe média, que vão compor os quadros da magistratura, Ministério Público e a Defensoria. Os filhos das elites evidentemente não abrem mão de dar continuidade ao estilo de vida confortável de seus pais, e dificilmente vão se sentir seduzidos pelas dificuldades próprias das carreiras jurídicas, sobretudo a passagem pelas comarcas do interior. Os filhos da pobreza, salvo aqueles terrivelmente obstinados e tenazes, evidentemente, não conseguirão ultrapassar as barreiras que lhes são sucessivamente impostas.

As coisas são assim, note-se bem, não por um *defeito* qualquer, mas porque essa é a própria lógica do sistema. Em suma, parece claro que, numa sociedade terrivelmente injusta como a nossa, o sistema penal terá sempre um papel decisivo na manutenção do *status quo*, e os funcionários públicos selecionados para fazer funcionar o sistema (juízes, promotores, defensores) serão, inevitavelmente, preparados para desempenhar o papel de bons cães de guarda, fiéis e gratos aos donos pela ração diária, pela casinha pintada, pela coleira nova, e pelos restos de comida que caem da mesa; e sempre estarão prontos a atacar violentamente quem ouse entrar na propriedade para furtar, ainda que seja uma fruta caída e parcialmente apodrecida do pomar. E não há ninguém melhor pra fazer isso do que os egressos da classe média.

O que é que pode estar por trás, por exemplo, da necessidade de usar paletó e gravata no ambiente forense? Porque a necessidade de uma credencial preta ou vermelha com um luminoso brasão dourado? Qual a utilidade dos títulos e vocativos (cujo sentido a maioria de nós ignora, aliás) como *Excelentíssimo* juiz, *Colenda* Câmara, *Egrégio* Tribunal? Nessa área, aliás, não há nada mais escandaloso do que a prerrogativa que têm os membros do Ministério Público (e alguns dão a vida por ela), prevista no art. 41, XI da Lei 8.625/93, de sentar-se *à direita do juiz* nas audiências e sessões. É interessante perceber que, nos países

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 109 5/3/2007 12:33:48

com um senso de cidadania mais fortalecido, essas bajulações desnecessárias são menos freqüentes, o que deixa claro que o respeito que se deve aos ocupantes desses cargos, num sistema republicano e democrático, deve vir apenas da compreensão geral de que aqueles homens são funcionários públicos com a difícil tarefa de solucionar conflitos. O que passar disso é excesso, explicável apenas no plano simbólico, como uma forma de convencer a todos, inclusive aos próprios funcionários, de que ali está o poder e a autoridade soberana do Estado.

É claro, note-se bem, que o processo de seleção dos operadores do sistema tem raízes no próprio ensino jurídico praticado no país. É curioso perceber, por exemplo, que de fato existe uma grande e grave contradição entre as diretrizes estabelecidas pelo MEC para o perfil e habilidades que deve apresentar o egresso de um curso de Direito e a lógica que domina as relações no mercado de trabalho e que, lamentavelmente, vem sendo reproduzida nos cursos oferecidos por muitas instituições de ensino, graças à forma pouco criteriosa com que vem sendo conduzido o processo de expansão do ensino privado no Brasil nos últimos anos.

De um lado, o que consta nas normativas oficiais é que o profissional do Direito, mais que um bom domínio da tecnologia jurídica, deve ter uma compreensão crítica do Direito e do mundo em que vive, além de estar habilitado a portar-se de acordo com padrões éticos muito bem definidos, que não se reduzam a uma moral meramente individual, mas tenham em vista a construção de uma sociedade mais humana, justa e solidária.[27] De outro lado, o que se vê na prática, tanto na academia quanto no mercado de trabalho, é, muitas vezes, a negação disso tudo. Se a expansão do ensino superior aumentou o número de vagas na universidade, acabou, também, abrindo as portas a pessoas totalmente despreparadas por conta de deficiências que vão se acumulando desde os cursos fundamental e médio,[28] e que dificilmente serão corrigidas ou supridas pelo curso superior. Por outro lado, a luta cruenta por uma colocação profissional tem empurrado a grande maioria dos bacharéis na direção do concurso público, onde as pessoas são selecionadas basicamente em função de seu poder de memorizar o pensamento dogmático dominante ou, o que é pior, o da preferência da banca

27. A opção pela construção de uma sociedade justa e solidária não é algo que possa ser discutido do ponto de vista ético-político, já que, muito mais que uma opção temporária de gestão da coisa pública, trata-se de um objetivo normativamente imposto à toda a sociedade brasileira pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 3.º, I. Poderíamos dizer, assim, que as atuais diretrizes para a educação do Brasil nada mais fazem senão cumprir a Constituição.
28. Muitos dos problemas do ensino superior têm sua raiz na forma como é tratado no Brasil o ensino médio. Além das escandalosas desigualdades em termos de ensino público e privado, o problema mais grave é que aqui também as práticas de ensino estão marcadas pela lógica da exclusão e da competição: a escola secundária, sobretudo a particular, abdicou totalmente da tarefa de formar e educar para a vida. O que importa, agora, é treinar para o vestibular e, no máximo, preparar para o mercado de trabalho.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 110 5/3/2007 12:33:49

examinadora. Tudo isso, note-se bem, de acordo com pérola da sabedoria popular segundo a qual "farinha pouca, meu pirão primeiro".

No dia-a-dia da vida acadêmica, principalmente no âmbito das instituições privadas, o que se vê é um total desinteresse por atividades de pesquisa e extensão, sobretudo quando isso demande atuação junto a comunidades. As disciplinas chamadas de *fundamentais*, como Filosofia ou Sociologia, Ética, e até mesmo Introdução ao Estudo do Direito, são tidas como conteúdos menos importantes frente às ditas *profissionalizantes,* como Direito Civil ou Direito Processual Civil. Ao que parece, até mesmo a representação discente, atividade que sempre foi a marca da própria vida universitária, foi reduzida à elaboração de carteiras de meia-entrada e de organização de *calouradas*, *chopadas* e coisas do gênero.

O mais grave, todavia, é que os profissionais que vão sendo formados, e que vão ocupando as vagas oferecidas nos concursos públicos, como regra, são pessoas muitas vezes bem preparadas do ponto de vista técnico, mas absolutamente incapazes de refletir criticamente e perceber que, antes de oferecer uma solução técnica para *o caso dos autos*, devem estar preocupadas em resolver, dentro do possível, um conflito real que envolve seres humanos.

É natural, portanto, que tenhamos nas carreiras jurídicas, de um modo geral, pessoas de mentalidade conservadora, totalmente seduzidas pelos símbolos de poder, suscetíveis aos reclames da grande mídia, muito bem treinados para aplicar a lei ao caso concreto, mas muito pouco sensíveis aos dramas humanos reais que estão por trás dos inúmeros processos criminais nos quais trabalham.

E aí, sem dúvida, está o ovo da serpente.

A característica de produto social do fenômeno jurídico põe em relevo suas vinculações com o fenômeno econômico, como se viu, mas também chama atenção para a sua inevitável dimensão política. Queiram ou não os profissionais das carreiras jurídicas, a sua atuação na resolução de conflitos é essencialmente política, e depende, necessariamente, de suas inclinações e opções pessoais. Em suma, talvez seja melhor assumir de vez, e conscientemente, a função de capitães-do-mato da modernidade, do que simplesmente ignorar a necessidade de tomar uma posição política definida.

Aos demais, que não se conformam nem com uma coisa nem com outra, mas alimentam um ideal de emancipação socialista e democrática, cabe assumir suas trincheiras, na luta diária no foro, mas sobretudo no âmbito da academia, onde ainda é possível trabalhar na formação ética e política dos futuros juristas, e,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 111 5/3/2007 12:33:49

mesmo contra toda a força da propaganda consumista e individualista, contaminá-los com o sonho de construção, naquilo que lhes compete, de uma sociedade realmente justa, livre e solidária.

9. CONCLUSÕES

1) O sistema de prisões processuais, no Brasil, está normativamente limitado por cinco princípios do Direito Processual Penal, a saber: estado de inocência; proporcionalidade, no sentido de proibição de excesso; devido processo legal, entendido como sistema acusatório de processo penal; direito a julgamento em prazo razoável; dignidade da pessoa humana.

2) Referidos princípios, contudo, não apresentam níveis aceitáveis de efetividade, seja no plano da legislação infraconstitucional, seja no plano da prática dos operadores do direito.

3) Isso se dá em face da conhecida e decantada seletividade do sistema penal, cuja vocação, em todo lugar do mundo, e em todos os momentos da história, está voltada à manutenção de um determinado modelo de distribuição do poder nas sociedades humanas.

4) Esse processo se torna mais agudo, a partir do século XIX, a partir do instante em que a burguesia assume de vez a condição de classe dominante nas sociedades ocidentais, e, mais recentemente, a partir da queda mo Muro de Berlim, com a aparente vitória do capitalismo, como modo de produção hegemônico em todo o mundo.

5) Concretamente, a inefetividade ocorre a partir de um processo de racionalização e redução de sentido das garantias construídas pelo pensamento ilustrado liberal do século XVIII, incorporadas nos textos constitucionais e documentos internacionais sobre Direitos Humanos, com a produção de uma legislação infraconstitucional autoritária, e com a criação de processos que permitem selecionar juízes, promotores, e até defensores públicos sempre da classe média, e formá-los conforme uma ideologia individualista, autoritária, e em regra alienada da dimensão política da sua própria função.

6) A superação desse quadro, portanto, só pode ocorrer a médio e longo prazo, e depende fundamentalmente do compromisso político daqueles que conseguem compreender dessa forma o problema da inefetividade dos direitos fundamentais na área da justiça penal, não se conformam com o atual estado de coisas, e estão dispostos a pagar o preço e arcar com as conseqüências (dolorosas, por vezes) do embate político.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 112 5/3/2007 12:33:49

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Modalidades de prisão processual e seu tempo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUCLERC, Elmir. *Curso básico de direito processual penal.* v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Ed. Trota, 1998. (Colección estructuras y procesos: serie derecho).

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.* v. 2, 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 374p.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal:* fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, t. 1.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 113 5/3/2007 12:33:49

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 875p.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 222p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

VIEIRA, Antônio. Princípio da proporcionalidade e prisão provisória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1.119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8694>. Acesso em: 21 nov. 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 114 5/3/2007 12:33:49

Capítulo VI
Distribuição do ônus da prova à luz do Princípio da Igualdade

*Erica Rusch Daltro Pinto**

Sumário • 1. Introdução. 2. A prova. 2. 1. Conceito de prova. 2.2. Finalidade/função da prova. 2.3. Valoração da prova. 3. Direito à prova como direito constitucional. 3. 1. Valores constitucionais. 3.2. Tutela constitucional do processo. 3.3. Efetividade do princípio da igualdade. 3.4. Direito à prova e garantia constitucional do contraditório como projeção do direito à igualdade. 3.5. Direito à prova. 4. Distribuição do ônus da prova à luz do princípio da igualdade. 4.1. Ônus da prova. 4.2. Poderes do juiz e direito das partes em matéria de prova. 4.3. Ônus da prova e apreciação da prova. 4.5. Distribuição do ônus da prova. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da distribuição do ônus da prova, tema objeto do presente estudo, é de grande importância para os operadores do direito, suscitando muitas polêmicas.

Este trabalho busca respostas para algumas questões, tentando trazer uma contribuição para a Ciência do Processo Civil. Para tanto, examinaremos o instituto da distribuição do ônus da prova, à luz do princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Destarte, dividimos o trabalho em três partes:

Partiremos do estudo dos aspectos gerais da prova com o objetivo principal de definir o conceito de prova, sua função e os seus métodos de valoração.

Posteriormente abordaremos o direito à prova como um direito constitucional, considerando-o como um dos temas fundamentais do processo civil moderno e como ponto de alcance da efetividade do processo.

No terceiro e último capítulo, estudaremos as regras de distribuição do ônus da prova como garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Ao final, apresentaremos as conclusões sobre o tema no intuito de fornecer soluções para as questões referentes à distribuição do ônus da prova.

---

* Advogada. Mestranda em Direito Privado e Econômico (UFBA).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 115 5/3/2007 12:33:49

2. A PROVA

2. 1. Conceito de prova

Na linguagem comum, ensina FRANCESCO CARNELUTTI[1] que a prova é utilizada como demonstração da verdade de uma proposição, no sentido de se corroborar a exatidão de algo que foi afirmado, uma vez que o seu objeto não são os fatos e sim as afirmações de fatos desconhecidos.

No âmbito jurídico, sabe-se que a pretensão deduzida no processo pode envolver tanto questões de direito como de fato. Assim, quando há controvérsia acerca dos fatos discutidos nos autos, será necessário demonstrar a sua existência, mesmo porque, o juiz para decidir a lide com base nos fatos deduzidos, deverá buscar a verdade através da atividade probatória.

ANTONIO CARLOS DE A. CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[2] definem a prova como *"o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo"*.

Nesse escopo, podemos conceituar a prova como o mecanismo de demonstração da circunstância fática alegada.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SERGIO CRUZ ARENHART[3] chamam a atenção para o atual caráter multifacetário assumido pelo fenômeno probatório, que adota nessa perspectiva a função de justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo, através de um procedimento argumentativo-retórico. Nesse sentido definem a prova como *"todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo"*.

É possível estudar o instituto da prova sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo.

JOÃO BATISTA LOPES[4] explica que sob o aspecto objetivo prova "*é o conjunto de meios produtores de certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados*

1. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 67.
2. CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 p. 347.
3. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 306.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 116 5/3/2007 12:33:49

para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo". Sob o aspecto subjetivo prova *"é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo"*.

2.2. Finalidade/Função da prova

LUIZ GUILHERME MARINONI e SERGIO CRUZ ARENHART[5] já chamaram a atenção para a indiscutível essencialidade da função da prova no processo, tanto que ocupa a quase totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema.

Para FRANCISCO AUGUSTO DAS NEVES CASTRO[6] *"As provas são uma das partes mais importantes das leis adjetivas e carecem de muitas regras, vista a variedade de assunto sobre os quais têm de recair"*.

As provas têm como função esclarecer o órgão judicial sobre os fatos relevantes que podem interferir na formação de sua convicção para o julgamento da causa e convencer os demais sujeitos processuais sobre a ocorrência deles. São indispensáveis não apenas *"para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional"*[7].

Nesse mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JUNIOR[8] aponta como finalidade da prova a produção da certeza ou convicção do legislador a respeito dos fatos litigiosos do processo, além de conferir segurança às partes de que a lide apenas será julgada com base nos fatos alegados e corroborados nos autos.

FREDIE DIDIER JUNIOR[9] a partir dos ensinamentos de GRECO FILHO destaca que no processo a prova não tem uma finalidade em si mesma, sua finalidade é prática, a de convencer o juiz.

Entretanto, é preciso que se reconheça que a função da prova não é a reconstrução dos fatos, mas sim, além de conferir segurança às decisões, a formação da

---

4. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.
5. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 290.
6. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000. p. 30.
7. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.
8. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 378.
9. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 468.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 117 5/3/2007 12:33:50

convicção do juiz sobre os fatos envolvidos no processo, a fim de que a hipótese normativa seja adequadamente aplicada, através da busca incessante e inatingível da verdade substancial. Isso porque, como veremos adiante, a reconstrução dos fatos é algo utópico, um resultado que não se pode obter.

a. Busca da Verdade

Dentre as finalidades da prova pode-se destacar a busca da verdade real, vez que a busca da verdade substancial é o escopo principal da atividade jurisdicional. Tanto é assim que, a quase totalidade das regras sobre o tema tem o fim de possibilitar o alcance da verdade, estabelecendo diretrizes, *e.g.*, formas de distribuição do ônus da prova, conferindo atribuições (ônus) às partes para o atendimento do resultado pretendido.

Entretanto, é certo que a verdade absoluta é inatingível, pois jamais se poderá obter total segurança de que o resultado provado corresponde à realidade ocorrida, mesmo porque a reconstrução dos fatos ocorridos no passado necessariamente estará sob a influência de aspectos subjetivos das pessoas que os presenciaram ou do juiz que irá valorá-los.

Acrescente-se ainda como fator prejudicial ao alcance da verdade substancial os limites impostos à atividade probatória ante a proteção legal de outros interesses, como o da intimidade.

Em que pesem tais considerações, não se pode negar que a busca da verdade ainda como um ideal, já que se sabe que não é possível alcançá-la, constitui o objeto principal do processo, a sua principal finalidade. A busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será meta do juiz na análise dos elementos probatórios envolvidos no processo. Contudo, é preciso reconhecer as limitações da atividade probatória, estando consciente *"da impossibilidade da eternização de sua produção para um utópico e impossível encontro da "verdade", logrando-se, daí, maior efetividade ao processo"*[10].

2.3. Valoração da prova

Valoração da prova, no dizer de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[11], *"é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de*

10. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.
11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 118 5/3/2007 12:33:50

prova contidos no processo" que é feita preponderantemente pelo juiz, pautado na regra do livre convencimento (art. 131[12] CPC).

A valoração de um fato é subjetiva e muitas vezes pode não coincidir com de outras pessoas, até mesmo de outros juízes, quando o processo é submetido à apreciação em Tribunal de segunda instância.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e FREDIE DIDIER JUNIOR apontam três métodos/sistemas para a valoração da prova pelo juiz: o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional.

O primeiro, já superado, representa a supremacia do formalismo sobre a justiça efetiva. Consistia em valorar as provas através da hierarquia que a lei lhes atribuía e de acordo com o valor previamente fixado na lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz no caso concreto, produzindo, conseqüentemente, uma verdade formal.

O sistema da livre convicção, de extrema insegurança, é aquele em que prevalece a íntima convicção do juiz, sem que deva ser observada qualquer regra, tanto quanto aos meios de provas, como método de avaliação.

O método da persuasão racional e motivado à luz dos autos, mais moderado, é o que prevalece como orientação doutrinária e legislativa e que foi adotado pelo CPC brasileiro. Nesse sistema, o julgamento deve ser fruto de "operação lógica"[13] de acordo com os elementos existentes no processo. Aqui embora o exame da prova seja livre deve o juiz ater-se às provas constantes dos autos e às regras da lógica e da experiência.

Destarte, para a formação de sua convicção deve o magistrado utilizar-se dos elementos levados aos autos, não estando autorizado a utilizar como fundamento para a sua decisão provas obtidas fora do processo, nem muito menos se basear exclusivamente em suas impressões pessoais.

No entanto, não se pode negar que as máximas da experiência, a intuição e o bom senso, exercem papel relevante na atuação judicial, podendo inserir-se entre os motivos que determinam o convencimento do juiz (art. 93, IX da CF e art. 165

12. "*Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".*
13. Expressão utilizada por HUMBETRO THEODORO JUNIOR *in Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 379.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 119 5/3/2007 12:33:51

do CPC), sobretudo perante a liberdade para a apreciação da provas (princípio da persuasão racional).

É certo, também, conforme chama a atenção DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES[14], que muitas vezes a prova produzida extrajudicialmente não pode ser desconsiderada, a exemplo das provas produzidas no inquérito civil. Afirma o autor:

> "Seria um manifesto equívoco imaginar-se que somente as provas produzidas em Juízo podem ser valoradas pelo juiz no caso concreto, existindo outros requisitos muito mais importantes na produção da prova que a participação do juiz. O respeito ao contraditório é certamente o maior deles, devendo a prova ter uma maior carga probatória conforme mais respeito tenha sido concedido a tal princípio no caso concreto, independentemente do responsável pela condução da produção probatória".

Conclui-se, portanto, que, a princípio, o magistrado deve ater-se ao exame dos elementos constantes dos autos para a formação do seu convencimento acerca da existência dos fatos que vão tornar possível a tutela jurisdicional, muito embora por vezes se admita a influência de outros elementos.

3. DIREITO À PROVA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

3. 1. Valores Constitucionais

As regras constitucionais que se agrupam em torno de certas idéias-força compõem os *valores constitucionais*, que iluminam a ordem jurídica, garantindo a manutenção da identidade e congruência do Texto Constitucional e, por reflexo, da legislação inferior; por essa razão os valores consagrados na Constituição devem ser respeitados por todo o direito positivo, uma vez que a Carta Magna unifica e dá sentido ao ordenamento jurídico, estando consagrado em seu texto a idéia de justiça.

Por esse prisma a Constituição passa a ser vista também como reserva axiológica do ordenamento jurídico, deixando de ser mera fonte de validade formal das leis infraconstitucionais. Nessa perspectiva, afirma EDUARDO CAMBI[15]: *"A Constituição, ao dar sentido axiológico ao ordenamento jurídico, permite*

14. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis in* MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 243/244.
15. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 120 5/3/2007 12:33:51

que, na interpretação do direito e na sua concretização por intermédio do processo, a justiça seja realizada".

3.2. Tutela constitucional do processo

Para EDUARDO CAMBI[16] se a Constituição é o fundamento de validade das leis, deve-se verificar em que sentido as garantias processuais na Constituição servem de garantia para o direito processual.

Pela teoria da tutela constitucional do processo civil, esse mesmo autor[17] entende que se estabelece uma supremacia da Constituição sobre as normas jurídicas que regulamentam o processo civil, não podendo as leis processuais deixar de levar em consideração as garantias previstas no texto constitucional, notadamente as que estruturam os direitos fundamentais da pessoa humana.

A questão da tutela constitucional do processo deve ser analisada, sobretudo, sob a perspectiva do direito ao processo justo que compreende as principais garantias constitucionais, como as da ampla defesa, da igualdade, do contraditório, da motivação das decisões, entre outras.

Como afirmara FERNANDO DE LA RÚA[18] podemos hoje falar em um moderno direito processual constitucional: *"El derecho procesal debe servir al hombre, a la justicia, a la vida"*. Com acerto afirmou ainda *"Lo cierto es que hoy el estudio del proceso quiere ser, antes que un armonioso equilibrio de conceptos, una fuerza vital al servicio del hombre*".

Nesse sentido este autor[19] conclui que:

> "Como primer postulado, toda norma de nuestro derecho positivo debe respetar las bases constitucionales referidas a la realización del derecho. Estas bases constitucionales iluminam el panorama del proceso, y los principios del proceso deben reglamentar esas bases sin apartarse de ellas, por lo cual toda norma que las contradijera sería inconstitucional. Esta derivación de los principios con respecto a las bases constitucionales puede ser tanto directa como indirecta. Lo primero, cuando desarrolan la norma constitucional sin la intermediación de otras normas. Lo segundo, cuando se vinculan con ella por las leyes sustantivas integradotas o, más generalmente, de realización; estas leyes captan la base fundamental para

16. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 94.
17. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 103.
18. RÚA, Fernando de la. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p 8.
19. RÚA, Fernando de la. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p 3.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 121 5/3/2007 12:33:52

> darle vida práctica, y las procesales determinam el modo y las condiciones para su efectiva actuación".

Não pode o juiz aplicar cegamente a lei, senão verificar sua legitimidade, através do resultado da interpretação perante os valores revelados pelos princípios e regras consagrados na Constituição.

As leis processuais devem traduzir a concretização da justiça garantida na Constituição, premissa essa que norteia a assertiva de que as regras sobre a distribuição do ônus da prova devem ser definidas e interpretadas à luz do princípio da igualdade.

3.3. Efetividade do princípio da igualdade

O art. 5º, *caput* e o seu inciso I da CF/88 consagram o princípio da isonomia ao estabelecer que *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"* e que *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*.

Esse princípio não tem como objetivo tão somente garantir às partes no processo a igualdade jurídica, formal, senão a paridade efetiva, de fato, que se consubstancia no maior escopo do processo civil.

J.J. GOMES CANOTILHO[20] já afirmara que *"não se pode interpretar o princípio da igualdade como um <princípio estático> indiferente à eliminação das desigualdades"*

Como acentua NELSON NERY JUNIOR[21] conferir *"tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades";* é a substância do princípio da isonomia.

Acerca do real conteúdo e essência do princípio da igualdade pode-se apontar três teorias: a nominalista, a igualitarista e a realista. Para a primeira teoria a desigualdade é inerente ao universo; a segunda defende a igualdade absoluta entre as pessoas; a teoria realista, assume postura intermediária em relação à anteriores vez que admite a existência de desigualdades humanas, porém advoga que os seres humanos possuem caracteres comuns.

---

20. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 338.
21. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. ampl., 2. tr., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 122 5/3/2007 12:33:52

O reconhecimento da desigualdade humana enseja uma incessante busca por uma igualdade proporcional, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Há quem seccione, sobretudo no direito estrangeiro, o princípio da isonomia na igualdade *perante* a lei e igualdade *na* lei. Esta última, direcionada ao legislador e ao aplicador do direito, diz respeito à exigência de que as normas jurídicas não tratem de forma distinta os iguais; e aquela se dirige tão-somente aos aplicadores do direito no que tange ao dever de se aplicar de forma isonômica o direito no caso concreto.

No Brasil, conforme ensina UADI LAMMÊGO BULOS[22], a igualdade *perante* a lei, tal como prevê o art. 5º da CF/88, tem sentido similar ao que, no direito estrangeiro, se dá à expressão igualdade *na* lei.

Feitas tais considerações, conclui-se que se atribui ao princípio da isonomia sentido real e não nominal, porquanto *"a igualdade consiste em assegurar aos homens que estão equiparados os mesmos direitos, benefícios e vantagens, ao lado dos deveres correspondentes. O mesmo ocorre com relação àqueles que estiverem desequiparados, os quais deverão receber o tratamento que lhes é devido à medida de suas desigualdades"*[23].

3.4. Direito à prova e garantia constitucional do contraditório como projeção do direito à igualdade

O princípio do contraditório encontra previsão constitucional no art. 5º, inciso LV e garante *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral"*, *"o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

O princípio do contraditório, define LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO[24], *"corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz"*. Essa idéia do contraditório como projeção da igualdade não coincide com a igualdade formal, senão a igualdade

22. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.
23. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.
24. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 26.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 123 5/3/2007 12:33:53

entendida modernamente em seu sentido substancial, que busca um equilíbrio de situações.

No mesmo sentido de reconhecer a "íntima ligação" que o princípio do contraditório tem com o da igualdade de partes se coloca NELSON NERY JUNIOR[25], ao afirmar que essa ligação se revela na medida em que as partes têm direito de serem ouvidas (deduzir suas pretensões e defesas, realizar as provas que requererem etc) paritariamente no processo em todos os seus termos.

Como bem coloca LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO o contraditório se desdobra em dois momentos: o da informação e o da participação: aquela consiste na exigência de se informar às partes todos os atos processuais; e esta significa participar da instrução do processo, incluída aí a atividade probatória. Na participação encontra-se inserido o direito das partes de poder influir ativamente no desenvolvimento e resultado do processo.

Destarte, o direito à prova constitui um aspecto fundamental do contraditório, na medida em que assegura a cada uma das partes a possibilidade de contradizer os argumentos da parte adversa, mediante a produção de todos os elementos necessários que poderão influir no convencimento do juiz.

3.5. Direito à prova

O art. 5º da CF dispõe sobre as garantias fundamentais do processo, prevendo os princípios constitucionais (devido processo legal, igualdade, ampla defesa, contraditório, juiz natural, dentre outros) que dão conformidade ao direito processual civil. Contudo, isso não quer dizer que não existam outros princípios e regras que não estejam expressamente consagrados na Constituição como, por exemplo, o direito à prova que é deduzido do sistema constitucional.

FREDIE DIDIER JUNIOR[26] aponta que, muito embora a Constituição não consagre expressamente o direito fundamental à prova, ela admite o acolhimento de outros direitos fundamentais implícitos e que são intrínsecos ao seu sistema, tal como dispõe o §2º [27] do art. 5º da CF/88. Assim, o direito à prova é indiscutivelmente inferido de alguns textos da Constituição de amplitude mais geral.

---

25. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. ampl., 2. tr., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 128
26. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 463.
27. *"Art. 5º.*
    (...)
    §2º. os direitos e garantias expressos neta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 124 5/3/2007 12:33:53

A respeito da existência de direitos fundamentais não expressamente consagrados na Constituição, fala-se em *"princípio da cláusula aberta"* ou em *"princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais"*. J.J. GOMES CANOTILHO[28] prefere chamar de *"<norma com fattispecie aberta> (Baldassare) que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradas de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional"*.

Nesse sentido, J.J. GOMES CANOTILHO classifica os direitos fundamentais em (i) direitos fundamentais formalmente constitucionais, e (ii) direitos fundamentais sem assento constitucional (direitos materialmente fundamentais).

O problema está em se identificar, dentre os direitos sem assento constitucional, quais têm dignidade suficiente para ser considerados fundamentais, vez que a tendência é considerar como direito fundamental aqueles que podem ser equiparados pelo seu objeto aos direitos formalmente fundamentais.

O reconhecimento de direitos materialmente fundamentais remonta, na nossa história constitucional, à Constituição de 1981 (art. 4º) a qual previa que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluía outras garantias e direitos não enumerados mas que constam de outras leis.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[29] conceitua o direito à prova como *"o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento"*. E segue afirmando que *"A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal"*.

À luz do princípio da instrumentalidade do processo, a ação deve assegurar um processo efetivo, garantindo-se o direito ao devido processo legal e a uma ordem jurídica justa. Para tanto é preciso garantir os valores consagrados constitucionalmente, dentre eles a igualdade de tratamento das partes, o devido processo legal, direito ao contraditório e à ampla defesa, juiz natural e o direito à prova.

Assim, para a se conferir efetividade ao processo é essencial que seja garantida a efetividade do direito à prova, em cujo contexto leciona EDUARDO

28. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 355/356.
29. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 47.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 125 5/3/2007 12:33:53

CAMBI[30] *"A efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos alegados"*.

A preocupação com o direito à prova decorre da atual reformulação do direito de ação e à ampla defesa.

Na lição de JOÃO BATISTA LOPES e NELSON NERY acerca do princípio do devido processo legal, que *a priori* já consagra os demais princípios constitucionais do processo civil, decorre o direito à prova, aspecto fundamental do direito à ampla defesa que contempla não apenas o direito de deduzir as alegações, mas também, sobretudo, o direito de prová-las.

Para FREDIE DIDIER JUNIOR[31] o direito à prova como direito fundamental deriva dos princípios do contraditório e do acesso à justiça.

JOÃO BATISTA LOPES[32] aponta, reportando-se aos ensinamentos de COMOGLIO, FERRI e TARUFO, que o direito à prova contempla:

a) o direito de deduzir todos os meios destinados a demonstrar as alegações;

b) o direito à prova contrária, isto é, de servir-se de todos os meios para demonstrar o contrário do que foi alegado pelo adversário;

c) o direito de produzir efetivamente as provas que forem deduzidas e admitidas;

d) o direito à valoração adequada da prova pelo juiz.

Isso não quer dizer, no entanto, que se trata de direito ilimitado/absoluto, vez que pode sofrer limitações caso colida com outros valores e princípios constitucionais, evocando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade, cuja finalidade é harmonizar os diversos direitos, bens ou valores constitucionalmente consagrados.

Ademais, além de tais limitações – decorrentes de conflitos ou colisões entre princípios e regras jurídicas –, outras podem sofrer tanto de caráter subjetivo, na medida em que somente alguns sujeitos detêm o direito de produzir prova (as partes, terceiros interessados, o Ministério Público e, para alguns, o juiz); como de caráter objetivo, no sentido de que o sistema constitucional e processual definem regras de admissibilidade, produção e valoração dos meios de provas.

---

30. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.
31. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 463.
32. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 163.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 126 5/3/2007 12:33:53

A análise da *razoabilidade* da limitação probatória deve ocorrer tanto em sentido amplo, mediante análise da relação de adequação entre os meios e os fins, como em sentido restrito, por meio da análise das particularidades do caso concreto.

A concepção do direito à prova como direito fundamental é recente, no entanto, mais nova ainda é a concepção do direito à valoração da prova, que tem íntima relação com o princípio da motivação das decisões judiciais, mesmo porque, através dos motivos expostos na sentença, as partes poderão constatar se o juiz levou em conta, ao decidir, as alegações das partes e o material probatório produzido. É ínsito, pois, às partes o direito de que o juiz valore adequadamente as provas produzidas não podendo desprezar as regras e princípios jurídicos.

Conclui-se que a consagração do direito à prova como um direito fundamental implica a impossibilidade de o legislador e aplicador do direito desconhecê-lo, sob pena de violação Constitucional. Tal reconhecimento acarreta, ainda, a superação do sistema da prova legal e a exaltação do sistema do livre convencimento do juiz, na medida em que a Constituição confere maior liberdade a, para que possa, por meio da prova, assegurar a realização de um processo justo.

4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

4.1. Ônus da prova

Não existe um dever jurídico de provar e sim ônus de fazê-lo, uma carga. É o que HERNANDO DEVIS ECHANDÍA[33] denomina de *cargas procesales: "durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; (...)"*.

PONTES DE MIRANDA[34] bem distingue o dever do ônus:

> "(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse".

33. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a. p. 44
34. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 253.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 127 5/3/2007 12:33:53

No ônus há subordinação de um interesse próprio a um outro interesse próprio. A parte que tiver o ônus de provar terá o interesse em dele se desincumbir para satisfazer seu próprio interesse, contudo, se não o fizer, necessariamente não será prejudicada, mesmo porque o art. 131 do CPC preceitua que deverão ser levados em consideração todos os elementos constantes nos autos ainda que não alegados pelas partes.

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA[35] indica como característica das cargas processuais, que coincidem com as facultades processuais, o seguinte: *"a) emanan de las normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso; (...) e) no se pueden exigir coercitivamente, ni su ejercicio da ocasión a sanciones"*. Como peculiaridades que as distinguem das faculdades processuais aponta duas: *"sólo surgen para las partes y algunos terceros, nunca para el juez, y su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso ventilan"*.

Para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA[36] o ônus é um *imperativo do interesse próprio*. E segue explicando:

> "…há normas jurídicas que estabelecem condutas. Tais condutas podem ser divididas em duas categorias: facultativas e imperativas.
>
> Condutas facultativas são as faculdades jurídicas, que permitem a prática de atos que dizem respeito, exclusivamente, ao interesse de seu titular. Note-se que o titular de uma faculdade que não a exerce não sofre, nem por isso, qualquer conseqüência jurídica. Exemplo clássico disso é a conduta consistente em casar-se.
>
> Já as condutas imperativas são aquelas que a parte precisa desempenhar, sob pena de sofrer alguma conseqüência jurídica. Subdividem-se em duas espécies: obrigação e ônus. Obrigação é o imperativo do interesse alheio; ônus, o imperativo do interesse próprio".

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR[37] conceitua ônus da prova como a *"conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz"*. O ônus da prova evita o *non liquet*[38].

---

35. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a. p. 47.
36. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 10..
37. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 381.
38. Observação de PONTES DE MIRANDA. *Ob. Cit*. p. 253.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 128 5/3/2007 12:33:54

Atribui-se importância às regras sobre o ônus da prova somente na hipótese de ausência ou insuficiência da prova produzida. Isso porque comprovados os fatos relevantes para o processo pelo autor, réu, ou por iniciativa do juiz, será indiferente a discussão acerca do ônus da prova.

Há quem entenda que as regras de ônus da prova são aplicadas pelo magistrado na hora de decidir, quando ainda não verificada a prova do fato que deverá ser examinado.

Portanto, *"o valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do onus probandi assume real importância na ausência de prova"*[39]

Assim, parte da doutrina defende que as regras sobre a distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, das quais se vale o magistrado quando não se obtém prova alguma sobre fato relevante para a decisão da causa.

Nesse sentido FREDIE DIDER JÚNIOR[40] assevera que o ônus da prova trata-se *"de regra de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido"*.

Em sentido contrário PONTES DE MIRANDA[41] afirma que a teoria sobre o ônus da prova diz respeito à pretensão à tutela jurídica o que afasta a conclusão de que tais regras sejam consideradas como expedientes para servir como base da sentença quando faltarem as provas dos fatos, pois senão *"seria só se ver o ônus da prova como posterius";* para ele o ônus da prova é prévio.

Entendemos que as regras sobre o ônus da prova têm um caráter dúplice. Sob um aspecto elas são regras de conduta para as partes, porque apontam quais fatos lhes interessam provar; por outro aspecto, para o juiz, são regras de julgamento vez que indicam como julgar quando estiverem ausentes as provas essenciais.

Há dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. Aquele consiste em identificar a quem incumbe o ônus da prova, e este na atividade de o juiz identificar os fatos que ficaram comprovados ou não, independentemente de quem tenha produzido a prova.

---

39. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual. 1a série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 63.
40. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 488.
41. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 253.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 129 5/3/2007 12:33:54

No que concerne ao ônus da prova, vem emergindo uma tendência, a ser estudada adiante, no sentido de se fortalecer os poderes do magistrado para que ele tome iniciativas no campo probatório, reformulando-se assim o princípio dispositivo.

4.2. Poderes do Juiz e direito das partes em matéria de prova

Tradicionalmente, às partes incumbia a tarefa da instrução probatória, sendo conferido ao juiz, como sujeito imparcial da relação jurídica, tão-somente o poder de verificar e valorar a prova produzida.

Nesse mesmo sentido de que o juiz exerce função meramente supletiva na atividade probatória, posiciona-se MOACYR AMARAL SANTOS.

Tal concepção, fruto de reminiscência histórica de uma visão privatística do direito processual, vem sendo superada ante o desenvolvimento de uma concepção publicista desse ramo do direito, conferindo, conseqüentemente, maiores poderes instrutórios ao juiz.

Portanto, as referidas teorias tradicionais sofreram fortes reações, ante a crescente defesa da instrumentalidade e efetividade do processo, resultando na reformulação concebida da participação do juiz na atividade probatória, conferindo-lhe maiores poderes. Assim, a evolução do processo civil em vistas a um processo justo, faz desaparecer os limites inicialmente impostos à iniciativa do juiz na atividade probatória.

Outros fatores contribuem para a ampliação dos poderes do juiz na instrução probatória. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[42] destaca as situações em que os direitos envolvidos são indisponíveis, como sucede, dentre outras, nas causas relacionadas com o meio ambiente, com os valores culturais ou históricos, com os consumidores; além das desigualdades econômicas e culturais das partes que podem conduzir o processo para resultado distorcido.

No que concerne à extensão dos poderes do juiz há divergência doutrinária. Parte dos doutrinadores, entre eles JOÃO BATISTA LOPES, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, LUIZ GUILHERME MARINONI e SERGIO CRUZ ARENHART, defende a admissibilidade ampla da iniciativa do juiz, embora com limitações impostas pela lei e pela lógica do papel que cada sujeito exerce

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 53

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 130 5/3/2007 12:33:54

no processo. Outros, mais moderados, admitem que o juiz determine a produção de prova de ofício tão-somente em matéria de ordem pública ou em caso de perplexidade.

JOÃO BATISTA LOPES[43] a partir de uma interpretação teleológica e conjugada do quanto dispõem os arts. 130[44] e 333[45] do CPC, conclui que muito embora incumba às partes o ônus da prova, o juiz não está impedido de determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo quanto aos fatos controvertidos neste, desde que não seja alterada a causa de pedir. Para esse autor, tal fato revela que o nosso sistema, muito embora tenha consagrado o princípio dispositivo, conferiu ao juiz amplos poderes na atividade probatória, permitindo a adequada apuração dos fatos, sem que houvesse quebra do princípio da imparcialidade.

No direito brasileiro consagrou-se o princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürding*). PONTES DE MIRANDA[46] o define como o princípio *"que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa"*. Desse princípio resulta a assertiva de que pode o julgador chegar a conclusões que não foram tiradas pelas partes.

Importante ainda ressaltar que o juiz em face dos poderes que lhe foram conferidos tem o dever de promover o equilíbrio entre as partes no processo, *"assegurando aos litigantes a paridade em armas que o princípio isonômico exige (CPC, art. 125, inc. I)*"[47].

Podemos inferir que a ampliação dos poderes do juiz na atividade probatória tem como finalidade precípua assegurar aos litigantes no processo a igualdade substancial (art 125[48], inc. I do CPC), para a efetividade da garantia instituída no art. 5º, *caput* e inciso I da CF/88.

---

43. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74/75.
44. "*Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".*
45. *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
(...)"
46. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 252.
47. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 54.
48. "*Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:*
I – assegurar às partes igualdade de tratamento;"

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 131 5/3/2007 12:33:54

Isto não quer dizer, todavia, que tenha sido conferido ao juiz o poder de substituir as partes na atividade probatória, convertendo-o em "investigador de fatos" ou "juiz de instrução"[49], pois como ressalta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR esse poder não é ilimitado.

O magistrado não possui livre arbítrio na apreciação das provas. Dessa assertiva extrai-se que estará ele tão-somente autorizado a dispensar ou deixar de considerar provas, quando já convencido sobre o fato que se quis provar (art. 407, parágrafo único[50] do CPC).

Ainda em decorrência das limitações impostas ao poder instrutório do juiz, estará ele obrigado a apontar os fundamentos que foram considerados na apreciação das provas.

Não obstante ter a orientação doutrinária e jurisprudencial se firmado nesse sentido, recentemente, o STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI nº 1570, proposta pelo Procurador-Geral da República, declarando inconstitucional o art. 3º da lei nº 9.034/95[51] que entendeu que a coleta pessoal de provas pelo magistrado desvirtua a sua função e compromete a sua imparcialidade[52], conforme ementa abaixo transcrita:

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos

49. Expressões utilizadas por JOÃO BATISTA LOPES.
50. "*Art. 407(...)*
Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes".
51. *"Lei nº 9.034/95:*
"Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais".
"Art. 3º. Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça".
52. As ponderações feitas foram extraídas da obra de FREDIE DIDIER JUNIOR. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 485.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 132 5/3/2007 12:33:55

procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

(ADI 1570 / UF – UNIÃO FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA – Julgamento: 12/02/2004 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146)

Vigente, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da atividade probatória, o sistema de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo.

Analisadas tais questões, cumpre ainda adentrarmos na esfera dos direitos da partes em matéria de prova. A identificação desses direitos tem sido também objeto de grandes estudos, sobretudo a possibilidade de as partes convencionarem a inversão do ônus da prova, dispondo diversamente do que estabelece a lei.

É certo que a admissão do princípio dispositivo, segundo o qual a iniciativa das alegações e das provas incumbe às partes, não confere ilimitados poderes às partes para conduzirem a produção de prova no processo, mormente considerando a tendência na reformulação desse princípio e fortalecimento dos poderes do juiz em matéria de prova. No entanto, o CPC em vigor admite indiretamente a inversão do ônus da prova por disposição das partes no parágrafo único do art. 333, *in verbis*:

"Art. 333.

(...)

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."

A inversão convencional do ônus da prova pode ser realizada por qualquer forma idônea, instrumento público ou particular, petição dirigida ao juiz, na audiência preliminar.

A regra geral do art. 333 do CPC é dispositiva, podendo as partes, observadas as garantias legais e constitucionais, modificar os critérios definidos pela lei para

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 133 5/3/2007 12:33:55

distribuição do ônus da prova, salvo se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Nesse sentido LUIZ GUILHERME MARINONI e SERGIO CRUZ ARENHART[53].

Seguindo linha semelhante, o CDC conferiu mais uma restrição à convenção das partes sobre ônus da prova, taxando-a de nula, conforme disposto no art. 51, VI, ao impedi-la quando realizada no sentido de impor ao consumidor o ônus de provar as suas alegações.

Assim, afirma-se ser admissível estipular critérios próprios a respeito do ônus da prova, desde que se trate de direitos disponíveis ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte ou quando não imponha ao consumidor o ônus de provar as suas alegações.

4.3. Ônus da prova e apreciação da prova

LEO ROSENBERG[54] a respeito da apreciação da prova afirma que *"La libre apreciacón de la prueba es el principio según el cual el juez, conforme a su convicción libre, si bien fundada, puede y debe considerar verídica una afirmación"*.

No entanto, o poder do juiz de apreciar livremente a prova não retira a influência que as regras de distribuição do ônus da prova exercem sobre a apreciação da prova. Isso porque, a apreciação da prova sem o conhecimento das regras que distribuem os ônus de provar determinados fatos, pode ensejar comprovações falsas.

a. Presunções e indícios

Sobre o tema em análise não seria fora de propósito abrir um breve parêntese para examinar a noção de presunção e indício em face da correlação que se estabelece entre estas matérias e a da distribuição do *onus probandi*.

BARBOSA MOREIRA[55] conceitua: "*a prova (documental, testemunhal etc.) é um **ponto de partida**, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção é um **ponto de chegada,** já corresponde ao conhecimento adquirido*". (destaques nossos)

---

53. In *Manual do processo de conhecimento.* 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
54. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Tradução Ernesto Krotoschin. Montevideo: BDEF, 2002. p. 212.
55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual. 1a série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 58.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 134 5/3/2007 12:33:55

As presunções, não são nem meio nem fonte de prova, são, em verdade, atividades do juiz exercida na apreciação da prova ou do legislador na criação de regras jurídicas a serem aplicadas na instrução probatória.

Com equívoco, como ressalta FREDIE DIDIER JUNIOR, o Código Civil vigente referiu-se em seu art. 212[56] à presunção como meio de prova. Em verdade quando o legislador se refere à presunção pretendia se referir ao indício, que é, sim, meio de prova.

As presunções classificam-se em judiciais, simples, comum, "de homem" ou "*hominis"*; e legais.

Presunções judiciais, simples, comum, "de homem" ou "*hominis*" se apresentam quando a atividade instrutória se revela incapaz de formar a convicção do juiz acerca da ocorrência de determinado fato; por outro lado, apresentam elementos bastantes para convencer o órgão judicial sobre a ocorrência de fato diverso, mas relacionado com o que constituía o *thema probandum*. A presunção judicial tem *"por fim assentar se o nexo entre os dois fatos é suficiente para justificar a inferência que se pretende tirar do primeiro, a respeito do segundo*"[57]. A sua apreciação depende do prudente arbítrio do julgador e, por isso, deve ser empregada com a maior cautela e escrúpulo.

Para FRANCISCO AUGUSTO DAS NEVES E CASTRO[58] as presunções simples apenas têm lugar nos casos em que se admite a prova testemunhal.

As presunções legais *"são aquelas que resultam do raciocínio do legislador, que as consagra em textos legais"*[59]. Podem ser relativas ou absolutas. Na presunção legal relativa (*praesumptiones iuris tantum*), assim como na presunção judicial, se estabelece entre dois fatos uma relação que permite, na ocorrência do primeiro, se afirmar a ocorrência do segundo. Difere da presunção judicial, todavia, na medida em que nesta ao órgão judicial incumbe valorar a correlação entre o fato conhecido e o desconhecido ao passo em que na presunção legal é o legislador quem define a correlação, admitindo-se prova em contrário. A presunção legal relativa atua na distribuição do ônus da prova, dispensando desse ônus

---

56. "*Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*
(...)
IV – presunção;"
57. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual. 1a série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.
58. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000. p. 591.
59. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 483.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 135 5/3/2007 12:33:55

a parte a quem interessa a presunção, não importando, no entanto, em inversão do *onus probandi*. Assim, "*a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu*[60]"

O Código Civil brasileiro trata das provas em contrário de forma genérica o que nos leva a inferir, em consonância com o entendimento de FRANCISCO AUGUSTO DAS NEVES E CASTRO[61], que contra as presunções legais relativas *"é admissível toda e qualquer prova, menos nos casos em que a lei exige provas especiais"*.

Nas presunções legais absolutas (*praesumptiones iuris et de jure*), as quais tradicionalmente não se admite prova em contrário, também há o juízo de probabilidade do legislador na medida em que a ocorrência de um segundo fato torna verossímil a ocorrência do primeiro. No entanto, ao contrário da presunção relativa em que se dispensa a prova do fato, na presunção absoluta dispensa-se o próprio fato, sendo relevante, pois, no plano do direito material.

Interessante é a opinião de FRANCISCO AUGUSTO DAS NEVES CASTRO[62] para quem as hipóteses de "presunção absoluta" são em verdade direitos estabelecidos por disposição legislativa. Veja-se: *"Neste caso, a disposição da lei e a força obrigatória que dela se deriva deve ter mais o nome de disposição legislativa do que de prova. Desde o momento em que não se admite contestação, não há presunção, mas sim certeza e direito estabelecido"*.

FREDIE DIDIER JUNIOR[63] acrescenta ainda uma outra classificação às presunções legais: as mistas ou intermediárias que consistem em presunções contra as quais não se admitem quaisquer provas, salvo as que estiverem referidas e previstas em lei.

Ultrapassadas tais questões passa-se a analisar o conceito de indício.

O fato provado de cuja existência tira o órgão judicial a conclusão acerca do outro fato é denominado de indício. O art. 239 do Código de Processo Penal conceitua indício como *"a circunstância conhecida e provada que, tendo relação*

60. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual. 1a série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 60.
61. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000. p. 584.
62. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis.* Campinas: Servanda, 2000. p. 69.
63. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 483.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 136 5/3/2007 12:33:55

com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Conferindo-se sentido amplo à expressão meio de prova, podemos catalogar entre esses meios o indício, uma vez considerado como elemento que desempenha papel instrumental na formação da convicção do juiz.

b. Provas *prima facie* e máximas da experiência

Ainda no que concerne à apreciação da prova importante trazer ao presente estudo algumas considerações sobre a prova *prima facie* e as máximas da experiência.

MOACYR AMARAL SANTOS[64] conceitua a prova *prima facie* (*Beweis des ersten Auschein*) como uma presunção calcada numa norma de experiência, *"é a prova extraída da experiência da vida, à vista de um fato e do que comumente ocorre segundo a ordem natural das coisas, e da qual é lícito ao juiz utilizar-se quando difícil se tornar o emprego dos meios probatórios normais"*.

Como ensina este autor, três são as condições de admissibilidade da prova *prima facie*: a) dificuldade da prova do fato; b) facilidade da prova contrária; e c) possibilidade de julgar por verossimilhança, através das máximas da experiência.

Destarte, em atenção ao princípio do contraditório, deve o juiz expor a sua presunção *prima facie* para que a parte interessada possa provar o contrário, há em verdade uma inversão do ônus da prova. Portanto, a exposição da presunção baseada nas máximas da experiência deve ocorrer antes da fase instrutória, ou seja, no despacho saneador, por configurar-se em precisa inversão do *onus probandi,* evitando-se o cerceamento da defesa.

Distingue-se a prova *prima facie* da presunção na medida em que nesta a fonte que faz presumir o fato desconhecido são as circunstâncias que rodeiam o caso concreto. Já na prova *prima facie* não há essa circunstância, considerando-se como fonte, pois, uma máxima da experiência, daí falar-se em presunção de homem.

As máximas da experiência, por outro lado, constituem-se *"em juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de média cultura"*[65]. Elas se prestam

64. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 430.
65. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 433.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 137 5/3/2007 12:33:56

não apenas para a interpretação dos fatos, como também para a avaliação das provas, influenciando na formação da convicção do juiz. Distingue-se da prova *prima facie*, pois esta consiste em elemento probatório enquanto as máximas da experiência são um simples juízo.

Faz-se necessário, a respeito do assunto aqui tratado, estabelecer que o emprego das máximas da experiência pelo magistrado não se traduz na utilização da sua ciência privada, o que é vedado pelo ordenamento brasileiro; mesmo porque elas são noções pertencentes ao patrimônio de uma determinada sociedade.

Ademais, como aponta FREDIE DIDIER JUNIOR[66] as máximas da experiência distinguem-se dos fatos notórios, vez que consistem em fatos ocorridos, dos quais têm conhecimento "*as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz"*.

Ressalte-se que a parte que alegar fatos notórios não tem o ônus de prová-los, posto que não dependem de prova.

Conclui-se, pois, que se admite no sistema brasileiro o emprego das máximas da experiência, como fontes de prova, para delas de extrair as provas *prima facie*, tal como dispõe o art. 335[67] do CPC e o art. 5º [68] da Lei nº 9.099/95.

4.4. O princípio da distribuição do ônus da prova

Não há um princípio reconhecido em geral sobre a distribuição do ônus da prova, no entanto a ciência não pode deixar de "buscar" esta regra ante a necessidade prática de se identificar qual parte deve suportar a conseqüência desfavorável da falta de prova de uma afirmação importante para o deslinde do processo.

LEO ROSENBERG[69] indica como princípio geral de distribuição do ônus da prova o seguinte: *"cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (= de la norma cuyo efecto jurídico redunda en su provecho)*."

---

66. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1. p. 477.
67. *"Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial"*
68. *"Art. 5º O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor à regras de experiência comum ou técnica"*.
69. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Tradução Ernesto Krotoschin. Montevideo: BDEF, 2002. p. 123.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 138 5/3/2007 12:33:56

Aponta esse autor que a dificuldade da aplicação do princípio em tela encontra-se exatamente na identificação das normas que devem ser consideradas favoráveis para cada parte. Diante dessa dificuldade, sugere o doutrinador, que o autor do processo prove a situação de fato que é pressuposto da norma constitutiva do seu direito, ou seja, os preceitos que fundamentam a sua pretensão; e o réu prove os pressupostos de fato da norma "*impeditiva, destructiva o excluyentes*", portanto, as que possibilitam impedir o êxito da demanda, desde que já não estejam compreendidas na situação de fato pressuposto da norma fundadora.

4.5. Distribuição do ônus da prova

Como LEO ROSENBERG[70] já chamava a atenção, *"no hay duda respecto de la necesidad de distribuir la carga de la prueba, y efectivamente nunca se ha dudado de esto. Sólo la fijación del límite entre las pruebas que incumben a una u otra parte ha causado grande dificultades a nuestra doctrina"*.

De fato, a questão da repartição do ônus da prova apresenta grandes polêmicas doutrinárias, sendo muitas as teorias construídas sobre o tema. JOÃO BATISTA LOPES[71] a partir dos ensinamentos de SOARES DE FARIA[72] sintetiza os princípios de algumas destas teorias:

> *"– a prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente (BENTHAM);*
>
> *– a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação e relação a fatos ainda incertos (WEBBER);*
>
> *– deve presumir-se a existência de um direito, uma vez fundado (BETHMAN HOLLWEG);*
>
> *– só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada (FITTING);*
>
> *– cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO)".*

Em princípio, a origem das provas, ou seja, quem as trouxe aos autos, é irrelevante para a sua valoração. Essa é a denominada regra da *aquisição da prova*, através da qual toda prova se considera integrante do processo.

Entretanto, não se encontrando as provas nos autos ou não tendo as provas existentes convencido o magistrado sobre situações essenciais para o deslinde

---

70. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Tradução Ernesto Krotoschin. Montevideo: BDEF, 2002. p. 114.
71. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.
72. *In Principais teorias relativas ao onus probandi*, 1936. p. 89

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 139 5/3/2007 12:33:56

da demanda, impõe sejam observadas as regras sobre a repartição do ônus da prova.

O CPC vigente, baseado em uma visão estática, estabelece que ao autor caberá o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

No entanto, uma regra que distribua o ônus da prova de acordo com a posição processual da parte não pode servir como regra geral. O ônus da prova deve ser distribuído de acordo com o interesse da parte em ver demonstrado determinado fato, consoante entendimento de ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR[73].

A distribuição do ônus da prova tal como contempla o art. 333 do CPC apresenta-se asséptica porque, exibida como está de forma prévia e abstrata, muitas vezes não confere a solução adequada ao caso concreto. Além disso, não se pode aplicar a regra do referido dispositivo sem se atentar para a regra do art. 131 CPC que confere ao juiz poderes para determinar a realização de provas.

Em sentido contrário à regra geral de distribuição do ônus da prova definida no CPC, manifesta-se JEREMIAS BENTHAM[74] para quem a presunção da justiça deve estar sempre a favor do autor enquanto o réu não demonstrar o contrário sob o fundamento de que não seria razoável imaginar-se que alguém ingressaria com uma ação desmotivadamente.

Não obstante, concordarmos que a regra geral de distribuição do ônus não atende satisfatoriamente a todos os casos concretos; repudiamos, com a máxima vênia, os argumentos que fundamentam a conclusão de BENTHAM, porque, o direito a liberdade é um dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente ao ser humano e, portanto, a presunção, em princípio, sempre deverá estar em favor do estado de liberdade.

A instituição do CDC rompeu o sistema clássico de distribuição do ônus da prova conferindo um perfil dinâmico a tal atividade. É que permitiu ser desconsiderada a regra abstrata de distribuição do ônus da prova, para, no caso concreto, uma vez constatada a verossimilhança da alegação do consumidor e a sua hipossuficiência (não econômica, mas intelectual), determinar o magistrado a inversão do *onus probandi*

---

73. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. RT-788 – 90º ano. Junho de 2001. p. 94.
74. *apud* CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis.* Campinas: Servanda, 2000. p. 62.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 140 5/3/2007 12:33:56

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA[75] conclui que, como o processo é dinâmico, seria um contra-senso fixar o ônus da prova de forma estática, surgindo daí a necessidade de rever esse conceito, sustentando-se uma teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova que será adiante examinado.

a. Fundamentos da distribuição do ônus da prova

WILSON ALVES DE SOUZA[76], ratificando o posicionamento de ARRUDA ALVIM, acertadamente afirmou que a repartição do ônus da prova está informada no princípio da igualdade das partes e da "auto-responsabilidade" dos litigantes.

Nesse entendimento, asseverou que: *"No sistema processual as partes têm, em tudo e por tudo, direitos, obrigações e ônus iguais, particularmente quanto ao ônus da afirmação dos fatos e, conseqüentemente, o ônus de provar os fatos afirmados".*

Acrescenta o autor, ainda, como fundamento da repartição do ônus da prova o princípio da atuação processual com lealdade, boa fé e veracidade, na medida em que o ônus de provar os fatos alegados não dispensa as partes do dever de informar conforme a verdade.

b. Garantia do princípio da igualdade como fundamento da distribuição do ônus da prova

Conforme afirmado no item anterior, entre os fundamentos da distribuição do ônus da prova está o princípio da igualdade. ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR com precisão afirmou que *"Nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos"*[77].

No que diz respeito à aplicação do princípio da igualdade na esfera da distribuição do ônus da prova FREDIE DIDIER JUNIOR[78] afirma que *"como é cediço, nem sempre as partes têm, na prática as mesmas condições de produzir*

75. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível soluçã*o. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p.13.
76. SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova- considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: s/ed, 1999, v. 6. p. 242.
77. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 81.
78. DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, v. 1. p. 486.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 141 5/3/2007 12:33:56

prova dos fatos que alegam em seu favor (...)", assim, a correta distribuição do ônus da prova, por vezes sendo necessária a sua inversão, representa uma *"atuação da igualdade substancial no processo, com o equilíbrio, in concreto, da situação jurídica da partes"*.

A distribuição do ônus da prova segundo as diretrizes do art. 333 do CPC tem como base uma isonomia formal: quem afirma, deve provar; quem nega, por ser juridicamente igual a quem afirma, deve estabelecer irrefutavelmente a verdade do que diz. No entanto, tendo em vista a institucionalização de uma *igualdade real (isonomia material),* esta regra tem sofrido algumas adaptações.

O fundamento da distribuição do ônus da prova, destacam ANTONIO CARLOS DE A. CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[79], é, sobretudo, uma questão de equidade, no sentido de que não se pode impor a, apenas, uma das partes o ônus de provar todas as alegações deduzidas no processo. Assim, deve-se conceder às partes igual oportunidade de provar as alegações de fatos que lhes interessar.

c. Teoria das cargas probatórias dinâmicas

A teoria das cargas processuais dinâmicas, desenvolvida por JORGE W. PEYRANO, jurista argentino, rompeu com a concepção estática da distribuição do ônus da prova, considerando o processo em sua concreta realidade, atribuindo o ônus da prova à parte que melhores condições, pelas circunstâncias reais, tiver de demonstrar o fato, independente de sua posição no processo ou da espécie do fato, se constitutivo, se modificativo, por exemplo.

ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR[80] aponta as premissas da teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios: *"a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc"*.

Para PEYRANO[81] a expressão "carga probatória dinâmica":

---

79. CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 349.
80. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. RT-788 – 90º ano. Junho de 2001. p. 98.
81. *apud* SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova - considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: s/ed, 1999, v. 6. p. 244.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 142 5/3/2007 12:33:57

> "…obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade".

Defende posição idêntica AUGUSTO M. MORELLO[82] ao sustentar que as partes têm o dever de cooperar com o órgão jurisdicional sem se refugiar no seu mero interesse particular. A sua teoria, princípio da solidariedade ou cooperação, obriga a atuação probatória da parte que se encontra em melhores condições de apresentá-la.

A concepção dinâmica da distribuição do ônus da prova, em razão da mobilidade que apresenta de se adequar aos casos concretos, se revela como garantia do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Essa teoria tem ingressado no direito brasileiro através da jurisprudência. Confira nos acórdãos abaixo transcritos:

> "Responsabilidade Civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova.
>
> 1. Não viola regra sobre a prova acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.
>
> 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.
>
> 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.
>
> 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.
>
> 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido". (STJ – Resp 69309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.05.1996, DJ 26.08.1996, p. 29.688.[83]
>
> "Ação Revisional, Determinação da Exibição do Documento Comum entre as Partes. Possibilidade. Princípios da carga dinâmica da prova e facilitação de defesa do consumidor. Órgãos de Proteção ao crédito. Embora em discussão a dívida, descabe a exclusão de registro negativo quando o devedor, malgrado contestando parcialmente o débito, não demonstra a cobrança indevida com esteio em jurisprudência consolidada do STJ ou STF, tampouco deposita a parte incontroversa da dívida. Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Agravo parcialmente provido. (AI nº70012232849, Rel. José Aquino Flores de Camargo, Vigésima Câmara Cível, TJRS, julgado em 06.07.05)

---

82. *apud* SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova - considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: s/ed, 1999, v. 6. p. 244.
83. Jurisprudência extraída do trabalho de Alexandre de Freitas Câmara. Ob. Cit. p. 15.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 143 5/3/2007 12:33:57

Nessa perspectiva conclui ALEXANDRE FREITAS CÂMARA[84] *"A teoria dinâmica do ônus da prova, pois, revela-se perfeitamente adequada às modernas tendências do Direito Processual, estando afinada com o caráter instrumental do processo, que hoje não pode mais ser ignorado"*.

d. Regras sobre a distribuição do ônus da prova no direito brasileiro

Em geral, o ônus da prova é distribuído de acordo com a situação da parte no processo, se autor ou réu. Tradicionalmente, como estabelece o art. 333, I do CPC, se autor, caber-lhe-á o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

É o princípio do interesse que enseja a distribuição do ônus da prova tal como disposto na norma acima indicada. *"A consciência desse critério fundamental, não escrito mas nitidamente subjacente aos dois incisos do art. 333, é indispensável para a solução de questões mais complexas, não previstas pelo Código nem disciplinadas por qualquer norma explícita"*[85].

O CPC fala em autor e réu, contudo, é preciso esclarecer que a regra se aplica a todos os sujeitos que figuram no processo: litisconsortes, assistentes, litisdenunciado, Ministério Público, incumbindo-os do ônus da prova, em consonância com a situação em que se colocam no processo.

O CPC brasileiro adotou, portanto, a doutrina de CHIOVENDA para quem em respeito ao princípio da igualdade das partes no processo, o ônus de provar se distribui de acordo com os fatos que cada parte pretende ver considerados pelo juiz.

Além das regras gerais estabelecidas no art. 333 do CPC, outras existem de caráter especial.

O art. 337 do CPC imputa à parte que houver alegado direito estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário, quando o juiz determinar, o ônus de provar o teor e a vigência desses direitos.

Os incisos I e II do art. 389 do CPC atribuem à parte que tiver argüido, o ônus da prova da falsidade documental e à parte que tiver interesse, o ônus de provar a veracidade da assinatura.

---

84. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p.18.
85. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 73.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 144 5/3/2007 12:33:57

O CC estabelece diversas regras sobre a distribuição do ônus da prova tais como as dos arts[86]. 181[87], 399[88], 642[89], 877[90], por exemplo.

O CDC, por sua vez, autorizou a inversão dos ônus da prova, em favor do consumidor, quando se considerar verossímeis as suas alegações e for ele considerado hipossuficiente, segundo as regras da experiência (art. 6º, VIII[91] da lei nº 8.078/90). Inversões do ônus da prova *"são as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou amortizadas por lei"*[92]. Elas podem ser legais, convencionais ou judiciais segundo a origem da alteração da regra.

O CDC atribui ainda ao fabricante, produtor, construtor ou importador o ônus de comprovar a alegação de não ter colocado o produto no mercado, ou que o dano decorreu de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, incs. I-III[93])

O CPP, no art. 156[94], estabelece que a prova das alegações incumbe à parte que a fizer; todavia, poderá o juiz, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes do processo.

A relevância das regras de distribuição da carga formal da prova, em princípio, tem maior importância no âmbito do processo civil; na esfera processual penal o princípio inquisitivo abomina qualquer forma de presunção e, por conseguinte, repele a verdade meramente formal, de modo que não se põe o problema de decidir sobre o ônus pela prova dos fatos.

---

86. Exemplos apontados por Cândido Rangel Dinamarco.
87. *"Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga".*
88. *"Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo de provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".*
89. *"Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a recusa, terá de prová-los".*
90. *"Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro".*
91. *"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:*
(...)
VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência."
92. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 76.
93. *"Art. 12. (...)*
§3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado, quando provar:
I – que não colocou o produto no mercado;
II – que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
94. *"Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante".*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 145 5/3/2007 12:33:57

Não obstante, a existência no nosso ordenamento jurídico de diversas regras sobre a distribuição do ônus da prova, é importante, ao final, reconhecer-se que a busca incessante da verdade no processo legitima o magistrado de atuar distribuindo o ônus da prova da forma que melhor se alcance a verdade substancial como condição para se obter qualidade na justiça ofertada pelo Estado.

e. Responsabilidade objetiva como mecanismo de tutela da parte vulnerável na distribuição do ônus da prova.

Um mecanismo que auxilia a tutela da parte mais vulnerável é a adoção da responsabilidade objetiva que reflete na atividade probatória, através das presunções e inversão do *onus probandi*.

Isso porque, enquanto na responsabilidade subjetiva o ônus da prova de todos os elementos constitutivos do direito de ser indenizado (conduta, nexo causal, culpa e dano) incumbirá à parte em geral mais vulnerável, ou seja, aquela que sofreu o dano, na responsabilidade objetiva à parte mais vulnerável caberá tão-somente o ônus de demonstrar a existência de dano e nexo causal entre a conduta e o dano, reduzindo-lhe a carga probatória.

No âmbito da responsabilidade civil consumerista, ou melhor, sobre o reflexo desse instituto na distribuição do ônus da prova, importante é a transcrição do trecho a seguir extraído do trabalho da Desembargadora CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA[95]:

> "…o CDC não adotou a versão mais extremada da teoria da responsabilidade civil objetiva, a teoria do risco integral, baseada no risco da atividade, a qual não admite qualquer excludente (nem mesmo caso fortuito e força maior). Adotou uma vertente mais mitigada, admitindo hipóteses de exclusão do nexo da causalidade. Se provadas pelo fornecedor, isentam-no de responsabilidade. São elas: a prova de que o produto não foi colocado no mercado; ou que o defeito inexiste; ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 12, §3º).
>
> É certo ainda, que pelo sistema do CDC, a presunção relativa de responsabilidade objetiva do fornecedor, que milita a favor do consumidor, não autoriza a inversão automática do ônus da prova, de sorte a se atribuir sempre e unicamente a ele, fornecedor, o ônus de desconstituir a presunção.
>
> O Código assegura ao consumidor o direito à facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6º, VIII)".

95. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença*. In MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 369.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 146 5/3/2007 12:33:57

f. Distribuição do ônus da prova nos processos coletivos

O Código Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-americanos[96] não copiou a tradicional regra de distribuição do ônus da prova previsto no art. 333 do CPC, nem a possibilidade de inversão do *onus probandi* contida no art. 6º, inciso VII do CDC.

Vejamos a regra adotada pelo referido Código:

> "Art. 12.
>
> Par. 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. (...)
>
> Par. 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.
>
> Par. 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório".

Percebe-se, portanto, que, como ensina o professor ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES[97], o Código Modelo optou por conferir o ônus da prova à parte que melhor detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.

5. CONCLUSÕES

Ao final do presente trabalho podemos apresentar as seguintes conclusões:

I. A prova

1. Podemos conceituar a prova como o mecanismo de demonstração da circunstância fática alegada.

---

96. Trata-se de proposta de elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América de iniciativa do Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, Roberto Berizonce, que nomeou uma Comissão para elaborá-lo, formada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi.
97. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos*. In MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 740/741.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 147 5/3/2007 12:33:58

2. As provas têm como principais funções esclarecer o órgão judicial sobre os fatos relevantes que podem interferir na formação de sua convicção para o julgamento da causa e convencer os demais sujeitos processuais sobre a ocorrência deles.

3. Dentre as finalidades da prova pode-se destacar também a busca da verdade real; isso porque a busca da verdade substancial é o escopo principal da atividade jurisdicional.

4. Valoração da prova é a avaliação, feita, preponderantemente, pelo juiz pautado na regra do livre convencimento, da capacidade de convencer de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo.

5. Três são os métodos/sistemas para a valoração da prova pelo juiz: o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional.

6. O método da persuasão racional sugere que, embora o exame da prova seja livre, deve o juiz ater-se às provas constantes nos autos e às regras da lógica e da experiência. É o que prevalece como orientação doutrinária e legislativa e que foi adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro.

II. Direito à prova como direito constitucional

7. Os valores consagrados na Constituição devem ser respeitados por todo o direito positivo.

8. Através da teoria da tutela constitucional do processo civil estabelece-se uma supremacia da Constituição sobre as normas jurídicas que regulamentam o processo civil, não podendo as leis processuais deixar de levar em consideração as garantias previstas no texto constitucional.

9. O princípio da isonomia tem como objetivo não somente garantir às partes no processo a igualdade jurídica, formal, senão também a paridade efetiva, de fato, que se consubstancia no maior escopo do processo civil.

10. Três são as teorias sobre o real conteúdo e essência do princípio da igualdade: nominalista (desigualdade é inerente ao universo), igualitarista (há igualdade absoluta entre as pessoas) e realista (existem desigualdades humanas, mas os seres humanos possuem caracteres comum).

11. O princípio do contraditório tem íntima ligação com o princípio da igualdade das partes, na medida em que as partes têm direito de ser ouvidas (deduzir suas pretensões e defesas e realizar as provas que requererem) paritariamente no processo em todos os seus termos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 148 5/3/2007 12:33:58

12. Muito embora a Constituição não consagre expressamente o direito fundamental à prova, ela admite o acolhimento de outros direitos fundamentais implícitos e que são intrínsecos ao seu sistema, dentre eles o direito à prova, indiscutivelmente inferido de alguns textos da Constituição de amplitude mais geral.

13. O direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas às partes pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam.

14. O direito à prova não é ilimitado/absoluto, podendo sofrer limitações acaso colida com outros valores e princípios constitucionais, evocando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade.

III. Distribuição do ônus da prova à luz do princípio da igualdade

15. Ônus da prova é a conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por alegados seja admitida pelo juiz.

16. As regras sobre o ônus da prova têm um caráter dúplice. Sob um aspecto elas são regras de conduta, para as partes, porque indicam quais fatos interessam às partes provar; por outro lado, para o juiz, são regras de julgamento porque apontam como deve ser procedido o julgamento do processo uma vez ausentes nos autos as provas essenciais.

17. Há dois aspectos do ônus da prova, o subjetivo e o objetivo. Aquele consiste em identificar a quem incumbe o ônus da prova, e este consiste na atividade de o juiz identificar os fatos que ficaram comprovados ou não, independentemente de quem tenha produzido a prova.

18. Há uma tendência atual para se ampliar os poderes do juiz na atividade probatória, com a finalidade precípua de assegurar aos litigantes no processo a igualdade substancial.

19. Os poderes conferidos ao juiz na atividade probatória não são ilimitados, estando ele obrigado a apontar os fundamentos que foram considerados na apreciação das provas.

20. A regra geral do art. 333 do CPC é dispositiva, podendo as partes, observadas as garantias legais e constitucionais, modificar os critérios definidos pela lei para distribuição do ônus da prova, desde que se trate de direitos disponíveis ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte ou quando não imponha ao consumidor o ônus de provar as suas alegações.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 149 5/3/2007 12:33:58

21. O poder do juiz de apreciar livremente a prova não retira a influência que as regras de distribuição do seu ônus exercem sobre a apreciação probatória.

22. As presunções, não são nem meio nem fonte de prova, são atividades do juiz exercidas na apreciação da prova, ou do legislador na criação de regras jurídicas a serem aplicadas na instrução probatória.

23. As presunções classificam-se em judiciais, simples, comum, "de homem" ou "*hominis*"; e legais, podendo essas ser relativas ou absolutas.

24. Indício é o fato provado de cuja existência tira o órgão judicial a conclusão acerca do outro fato.

25. Prova *prima facie* é uma presunção calcada numa norma de experiência.

26. As máximas da experiência constituem-se em juízos formados na observação do que comumente acontece.

27. A prova *prima facie* distingue-se das máximas da experiência, pois aquela consiste em elemento probatório; enquanto essas são um simples juízo.

28. Não há um princípio geral reconhecido sobre a distribuição do ônus da prova; no entanto, a ciência não pode deixar de "buscar" essa regra ante a necessidade prática de se identificar qual parte deve suportar a conseqüência desfavorável da falta de prova.

29. Em princípio, a origem das provas, ou seja, quem as trouxe para os autos, é irrelevante para a sua valoração.

30. O CPC vigente baseado em uma visão estática estabelece que ao autor caberá o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

31. Como o processo é dinâmico, seria um contra-senso fixar o ônus da prova de forma estática, surgindo daí a necessidade de rever esse conceito, sustentando-se uma teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

32. A repartição do ônus da prova está informada, sobretudo, no princípio da igualdade das partes, uma vez que, não se pode impor a apenas uma das partes o ônus de provar todos as alegações inferidas do processo.

33. A teoria das cargas processuais dinâmicas rompeu com a concepção estática da distribuição do ônus da prova, considerando o processo em sua concreta realidade, atribuindo o ônus da prova à parte que melhores condições tiver de demonstrar o fato.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 150 5/3/2007 12:33:58

34. A concepção dinâmica da distribuição do ônus da prova, em razão da mobilidade que apresenta de se adequar aos casos concretos, se revela como garantia do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, garantia da igualdade substancial das partes no processo. Essa teoria tem ingressado no direito brasileiro através da jurisprudência.

35. No direito brasileiro, além das regras gerais estabelecidas no art. 333 do CPC, outras existem de caráter especial, como as do CC e do CDC.

36. A responsabilidade objetiva é um mecanismo que auxilia a tutela da parte mais vulnerável na atividade probatória.

37. O Código Modelo de Processo Coletivo optou por conferir o ônus da prova à parte que melhor detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BELLINI JR., Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.* Servanda, 2006.

BOAVENTURA, Edivaldo M.. *Metodologia da Pesquisa: monografia, dissertação e tese*. São Paulo: Atlas, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. – (Coleção temas atuais de direito processual civil, v.3.)

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 151 5/3/2007 12:33:58

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 788, junho de 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v.3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos.* 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO JR., Cesar P.S. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZEI, Rodrigo Reis e NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual. 1a série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Temas de Direito Processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 152 5/3/2007 12:33:58

_____. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Temas de Direito Processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de direito processual – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos*. Temas de Direito Processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de Direito Processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Problemas de la inmediación em el proceso civil*. Temas de Direito Processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Provas Atípicas*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1994, n. 76.

_____. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de direito processual. 2ª. série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Sobre a 'participação' do juiz no processo civil*. Temas de Direito Processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. ampl., 2. tr., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADLOFF, Stephan Klaus. *Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Tradução Ernesto Krotoschin. Montevideo: BDEF, 2002.

RÚA, Fernando de la. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1955.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 153 5/3/2007 12:33:59

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, César Antonio da. *Ônus e qualidade da prova cível*. 1. ed. AIDE, 1991.

SOUZA, Wilson Alves de. *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: s/ed, 1999, v. 6.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 154 5/3/2007 12:33:59

Capítulo VII
Os princípios fundamentais processuais e sua aplicação nas relações de emprego

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa**

Sumário • 1. Introdução. 2. Definição e conteúdo dos direito fundamentais. 3. Teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. 4. Da Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5. Os princípios e garantias processuais aplicáveis ao procedimento para apuração de responsabilidade do empregado. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação direta dos princípios fundamentais processuais nas relações de trabalho. Há que se assinalar, neste ponto, a importância prática do assunto, tendo em vista se tratar de tema objeto de discussão cada vez mais constante na Justiça do Trabalho.

Um dos questionamentos mais atuais dentro do debate relativo à publicização do direito privado ou mesmo da superação da dicotomia entre Direito Público e direito privado é aquele relativo à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão se coloca tanto no sentido se existe tal vinculação, bem como, respondendo-se afirmativamente à primeira indagação, em que medida ela se efetiva.

Esse estudo, portanto, volta-se à análise do tema, o que é empreendido através da análise: 1) do conceito e do conteúdo dos direitos fundamentais 2) das teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; 3) da aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego; 3) dos princípios fundamentais processuais aplicáveis no procedimento interno para apuração de responsabilidade do empregado.

2. DEFINIÇÃO E CONTEÚDO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do

* Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito do Trabalho (TRT 20ª Região/UFS), Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 155 5/3/2007 12:34:00

homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como "direitos naturais", "direitos humanos", "direitos públicos subjetivos", "liberdades fundamentais"[1] etc.

A expressão direitos fundamentais, consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 56) não significa esfera privada contraposta à atividade pública, mas sim "limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem". Da definição exposta pelo autor, verifica-se sua posição no sentido de limitar a expressão ao campo de abrangência da proteção dos particulares contra o Estado.

Uma noção mais atualizada dos direitos fundamentais, porém, conduz à conclusão de que estes representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos. Haveria, dessa forma, "um conteúdo mínimo de direitos fundamentais que caracterizam o direito de um Estado Democrático" (SAMPAIO, 2006, p. 17).

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 58), os direitos fundamentais teriam os seguintes caracteres: a) historicidade;b) imprescritibilidade; c) irrenunciabilidade. São, assim, os direitos fundamentais históricos, o que rechaça qualquer fundamentação no direito natural. São imprescritíveis dada a sua natureza de direitos personalíssimos de natureza em geral não patrimonial; são, por fim, irrenunciáveis, embora possam deixar de ser exercidos.

Quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, esse foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (1989, p. 425), os direitos fundamentais "pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais".

Inicialmente, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado, constituindo-se essencialmente nos direitos de autonomia e defesa. Os postulados desta teoria liberal vem bem expostos por Canotilho (1989, p. 426) que aponta os seguintes:

---

1. Consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 55) a expressão direitos naturais refere-se "àqueles inerentes à natureza do homem; direito inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem". Já direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais, sendo terminologia pouco usada na doutrina, salvo para referir-se aos direitos civis ou liberdades civis. Os direitos públicos subjetivos constituem "um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como a concepção direitos individuais, à concepção individualista do homem (SILVA, 2005, p. 55). Liberdades fundamentais ou liberdades públicas são expressões ligadas à concepção dos direitos públicos subjetivos e direitos individuais".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 156 5/3/2007 12:34:00

1) os direitos fundamentais são direitos do particular contra o estado; 2) revestem concomitantemente o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado; 3) apresentam-se como pré-estaduais, sendo vedada qualquer ingerência do Estado; 4) a substância e o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como sua utilização e fundamentação, ficariam fora da competência regulamentar do Estado; 5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual.

A teoria da ordem dos valores, associada à doutrina de Smend e à filosofia de valores, definia os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo, o que levava a conseqüências indicadas por Canotilho (1989, p. 427): 1) o indivíduo deixa de ser a medida dos direitos, pois os direitos fundamentais são objetivos; 2) no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais altos; 3) através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; 4) os direitos fundamentais só podem ser realizados no quadro dos valores aceitos por determinada comunidade; 5) a dependência do quadro de valores leva à relativização dos direitos fundamentais; 6) além da relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justifica intervenções concretizadoras dos entes públicos, de forma a obter eficácia ótima dos direitos fundamentais.

A teoria institucional dos direitos fundamentais, capitaneada por Peter Haberle parte da afirmação de que os direitos fundamentais não se esgotam em sua vertente individual, mas possuem um caráter duplo, ou seja, individual e institucional. Cabe, desse modo, à teoria, "o mérito de ter salientado a dimensão objetiva institucional dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, 1989, p. 428) embora se esqueça de outras dimensões dos direitos fundamentais, como a esfera social.

A teoria social dos direitos fundamentais parte da tripla dimensão destes direitos: individual; institucional e processual. Essa dimensão processual "impõe ao Estado não só a realização dos direitos sociais, mas permite ao cidadão participar da efetivação das prestações necessárias ao seu livre desenvolvimento" (SAMPAIO, 2006, p. 30).

A teoria democrática funcional defende que os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros da comunidade e no interesse público. Por outro lado, consoante ressalta Canotilho (1989, p. 429) "a liberdade não é a liberdade pura e simples, mas a liberdade como meio de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu caráter funcional". A teoria parte assim da idéia de um cidadão ativo, com direitos fundamentais colocados a serviço do princípio democrático.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 157 5/3/2007 12:34:00

Expostas as teorias historicamente relevantes que procuraram definir os direitos fundamentais, importa assinalar que, numa perspectiva atual reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva "os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos (SAMPAIO, 2006, p. 34). Já em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais "têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade" (SAMPAIO, 2006, P. 35).

3. TEORIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto, atualmente existe certa tendência da doutrina em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais, o que, entretanto, não exclui as concepções que negam a eficácia frente terceiros. Contudo, em termos gerais, pode-se dizer que a grande discussão atual é em que medida ou intensidade se dá essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou, conforme ressalta Alexy (2002, p. 511) as questões a serem equacionadas são o "como" e o "em que medida" se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Dessa forma, para analisar tal ponto, mister apontar-se as teorias ou concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que se procede mediante a análise de cinco teorias principais que:1) negam a eficácia perante terceiros; 2)atribuem eficácia mediata; 3) atribuem eficácia imediata; 4) formulam imputação ao Estado; 5) teoria integradora.

Como menciona Juan Maria Bilbao Ubillos (2003, p.299), as concepções que negam a eficácia frente a terceiros têm a convicção de que tal eficácia "pode ser uma espécie de cavalo de tróia que destrua o sistema construído sobre a base da autonomia privada". Com efeito, são cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado, mas ainda há aqueles que consideram desnecessária ou perigosa tal aplicação.

A teoria da eficácia mediata, ou eficácia indireta, foi inicialmente formulada por Günther Düring e recebeu apoio decisivo ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Luth. Os postulados dessa teoria foram assim resumidos por Wilson Steinmetz (2004, p. 136-137): 1) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 158 5/3/2007 12:34:00

do direito privado; 2) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro planto, e do juiz e Tribunal, em segundo plano; 3) ao legislador cabe o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; 4) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na anuência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, sobretudo daqueles textos que contêm clausulas gerais[2] .

Fixados tais pontos principais, verifica-se que para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio ou como sistema de valores ou ordem objetiva de valores. Dessa maneira, possuem uma eficácia "modulada" legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado.

A teoria da eficácia imediata ou direta, por seu turno, foi inicialmente formulada por Hans Carl Nipperdey e adotada pela primeira vez, segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 164) pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha em 1964. Tal teoria tem reduzida influência na Alemanha, contudo vem se desenvolvendo na Itália, Portugal e sobretudo Espanha.

Da mesma forma que a teoria da eficácia mediata, essa teoria também atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, e uma eficácia operante em todo ordenamento jurídico. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Wilson Steinmetz (2004, p. 168) resumiu as premissas básicas desta teorias: 1) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; 2) os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados; 3) como direitos subjetivos

2. As cláusulas gerais constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão preenchidos pelo juiz na análise do caso concreto. Têm a função de dotar o Código de maior mobilidade, mitigando regras mais rígidas. Ademais, têm função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Têm, ainda, função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados pelo legislador.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 159 5/3/2007 12:34:01

constitucionais, a não ser que a constituição estabeleça de forma diversa, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

A teoria da imputação ao Estado, desenvolvida por Jürgen Schwabe, aponta que tanto os problemas que a teoria dos direitos à proteção pretende resolver como o problema da vinculação aos particulares a direitos fundamentais são explicados e resolvidos no marco teórico dos direitos fundamentais como direitos de defesa ante o Estado (STEINMETZ,2004, p. 175). Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão ou não proibição estatal.

A teoria integradora, por seu plano, propõe um modelo em três níveis que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação. Foi desenvolvida por Alexy e possui três níveis: 1) o dos deveres do Estado; 2) o dos direitos ante o Estado e 3) o das relações jurídicas entre particulares (ALEXY, 2002, P. 516).

A teoria da eficácia mediata, para Alexy, situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos ante o Estado situam-se no segundo nível, seguindo-se a teoria de Schwabe. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o judiciário leve em consideração os princípios fundamentais que apóiam a sua posição. Já no terceiro nível, situa-se a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Contudo, nos três casos, resulta uma eficácia imediata dos direitos fundamentais, uma vez que Alexy define a eficácia imediata como sendo que "por razões fundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam"(ALEXY, p. 521).

Apontadas as teorias relativas à aplicabilidade das normas fixadoras de direitos fundamentais nas relações privadas, destaque-se a tendência jurisprudencial dos Tribunais brasileiros em aplicar diretamente os direitos fundamentais. Tal tendência foi reforçada pela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, julgado em outubro de 2005, através do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes que decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais concernentes ao contraditório, ao devido processo legal e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio de entidade[3] .

3. Interessante consultar a íntegra do Acórdão, que discorre sobre as diversas teorias, bem como aponta o estágio atual de discussão da matéria.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 160 5/3/2007 12:34:01

Conquanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas venha ganhando espaço no cenário jurídico nacional, o que importa deixar patente são os critérios para a referida aplicabilidade. Com efeito, conforme ressalta Ingo Sarlet (2006, p. 400), "o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre os particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas".

Tal aplicação diferenciada justifica-se porque em realidade quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas está-se diante de um conflito de direitos fundamentais. Por um lado, o princípio da autonomia privada. Por outro, o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução, então, seria a mesma dos diversos casos de conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação em cada caso concreto.

Nesse contexto, muito importante é a fixação de parâmetros ou "standards" para o estabelecimento de pautas para os casos de colisão, com o objetivo de se garantir a segurança jurídica[4] .Um dos fatores fundamentais ressaltado por Daniel Sarmento (2006, p. 272) como elemento para a ponderação é a "existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos". Dessa forma, quanto mais intensa for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo. Consoante ressalta o autor, o princípio da igualdade material "não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas" (SARMENTO, 2006, p. 274).

Outro fator destacado por Daniel Sarmento é a autonomia do ator privado, mesmo na hipótese de uma relação jurídica manifestamente assimétrica. É que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos e tam-

4. É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural. Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Aponta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas "uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade". (CAVALCANTI FILHO, 1964, P. 54). A perspectiva contemporânea da segurança Jurídica aponta, por seu turno, sua dúplice natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p.3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à idéia da proteção à confiança. Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 161 5/3/2007 12:34:01

bém exprime "uma importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana" (SARMENTO, 2006, p. 278). Contudo, nem todas as manifestações da autonomia privada dispõem da mesma proteção constitucional com a mesma intensidade[5].

Conforme ressalta Daniel Sarmento, no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante na aferição da intensidade conferida à proteção à autonomia privada. Desse modo, "quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada" (SARMENTO, 2006, p. 278).

Outro ponto destacado por Daniel Sarmento é que a lesão do direito fundamental pode decorrer não apenas de um ato unilateral de outro agente privado, mas também de algum negócio bilateral, cuja validade dependa do consentimento formal do próprio afetado. Essa questão liga-se à controvérsia sobre a validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais, existindo, nesse caso, dois limites a serem respeitados, os quais foram bem expostos pelo autor:

(...) nessa matéria é incontroversa a existência de, no mínimo, dois limites muito claros que tem de ser respeitados: a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que quase nunca ocorre nas relações privadas assimétricas, em que o consentimento do ofendido decorre em regra de condicionamentos heterônomos. Além disso, a renúncia do exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo. (SARMENTO, 2006, P. 282).

Apontados alguns critérios para a ponderação de interesses no âmbito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passa-se à análise da aplicação dos direitos fundamentais em algumas hipóteses na esfera trabalhista.

4. DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Conforme se deixou explícito nesse trabalho, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de forma direta vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria, principalmente na esfera trabalhista.

---

5. Nesse sentido, vale frisar a lição de Daniel Sarmento (2006, p. 278):(...) na nossa ordem constitucional, a tutela da autonomia privada, no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial. Nosso ordenamento, assim como o de países como os Estados Unidos e a Alemanha, transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e projetos de vida de cada pessoa humana.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 162 5/3/2007 12:34:01

Com efeito, os critérios apontados no item anterior conduzem à clara aplicação dos direitos fundamentais na hipótese da relação de emprego. Em relação ao primeiro critério, ou seja, a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, verifica-se que nas relações de emprego encontra-se patente a desigualdade, sendo mesmo presumida e consagrada pelo princípio maior do Direito do Trabalho, ou seja, o princípio da proteção ao hipossuficiente.

Porém, tendo em vista que a aplicação deve ser feita caso a caso, há que se verificar que a desigualdade fática não se demonstra de forma tão patente em todas as hipóteses de relação de emprego, máxime nos casos em que os empregadores são pessoas físicas ou microempresas.

Por outro lado, conforme já se deixou assente, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada.

Nesse aspecto, pode-se citar, por exemplo, a hipótese de desconto no salário do empregado em razão de culpa, previsto no art. 462, §1º da CLT[6]. Neste caso, o salário do empregado, de caráter alimentar, essencial à sua sobrevivência, há que receber a necessária proteção, somente sendo atingido após a observância de um procedimento interno em que se assegurem as garantias básicas do contraditório e da ampla defesa. Ainda, no que se refere à expressa previsão do art. 462, §1º da CLT, no sentido da necessidade de pactuação prévia com o empregado, ressalte-se que a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre, o que não é a hipótese geral na relação de emprego.

Verifica-se, assim, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho que se refere à realização de descontos nos salário do empregado em face de danos causados ao empregador. Tal aplicação dos direitos fundamentais conduz à necessidade de estabelecimento de um prévio processo interno para apuração de responsabilidade do empregado pelo dano causado ao empregador, como pressuposto essencial à legalidade do desconto em seu salário.

A mesma idéia da necessidade de procedimento interno para a apuração da responsabilidade do empregado pode ser utilizado para as hipóteses de aplicação das justas causas previstas no art. 482 da CLT, pois, se a despedida com justa causa resulta no não pagamento da multa rescisória do FGTS, do aviso prévio,

6. Disciplina o art. 462 §1º da CLT que em caso de dano causado pelo empregado ao empregador, o desconto salarial será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 163 5/3/2007 12:34:01

férias e 13º salários proporcionais nem do seguro desemprego, então tão graves conseqüências devem ser precedidas de procedimento para apuração de responsabilidades do empregado.

Mas quais são os princípios balisadores deste procedimento interno? Como se verifica, de forma específica, a aplicação dos direitos fundamentais neste aspecto? É o que se analisa no tópico seguinte.

5. OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO

Ultrapassado o questionamento relativo à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, busca-se, aqui, demonstrar quais os princípios processuais constitucionalmente previstos que são aplicáveis aos procedimentos para apuração de responsabilidades do obreiro.

Inicialmente, destaque-se a existência de direitos fundamentais processuais, tema bem desenvolvido por Julio Guilherme Muller (2004) que aponta como direitos fundamentais principais aqueles expressos no art. 5º, caput[7], e seus incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVI e LX, ou seja, os princípios da igualdade, do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos processuais, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, inafastabilidade da jurisdição e juiz natural (MULLER, 2004, p. 66). Ao lado dos direitos fundamentais processuais principais, Muller (2004, p. 67) também aponta os direitos fundamentais materiais adstritos, como a exigência de motivação das decisões, consagrada no art. 93 IX da Constituição Federal.

Em classificação um pouco diversa, Fredie Didier Júnior (2006, p. 33-74) aponta os seguintes: a) direito fundamental a um processo devido (devido processo legal); b) direito fundamental à efetividade (à tutela executiva); c) direito fundamental a um processo sem dilações indevidas; d) direito fundamental à igualdade; e) direito fundamental à participação em contraditório; f) direito fundamental à ampla defesa; g) direito fundamental à publicidade.

Apontados direitos fundamentais processuais, verifica-se que alguns encontram clara aplicação no procedimento interno para apuração de responsabilidade do empregado, precisamente os seguintes: a) o devido processo legal; b) o

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

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 164 5/3/2007 12:34:02

contraditório; c) a ampla defesa; d) motivação da decisão; e) publicidade; f) inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos; g) inafastabilidade da jurisdição; h) direito a um procedimento sem dilações indevidas[8].

Tem-se clara a aplicabilidade de tais direitos fundamentais processuais no procedimento para a apuração de responsabilidades do empregado, tendo em vista tratar-se de uma garantia fundamental do empregado, aplicável, conforme visto no capítulo 2, nas relações privadas, portanto, nas relações de emprego.

Inicialmente, destaque-se que o princípio do devido processo legal incide na medida em que se trata do mais relevante princípio processual, ponto sobre o qual convergem todos os demais princípios, como a motivação da decisão do empregador que entender configurada a responsabilidade do empregado.

Verifica-se que a aplicação do princípio do contraditório se opera tanto no seu sentido formal quanto no seu sentido material. Vale dizer, o empregador, ao oportunizar a manifestação do empregado sobre a acusação que lhe está sendo feita dentro do procedimento, deverá chamar a atenção para os detalhes específicos relevantes do caso concreto, sobre os quais deverá o empregado se manifestar, com o fim de adequadamente exercer seu amplo direito de defesa.

De salientar, nesse ponto, que o grau de escolaridade e compreensão dos empregados, em grande parte dos casos não suficiente, conduz à necessidade de observância cuidadosa do contraditório para que efetivamente o procedimento funcione como instrumento hábil à legitimação dos descontos no salário do obreiro.

A duração do procedimento deverá, outrossim, ser célere, não se admitindo dilações indevidas. Os atos a serem praticados no procedimento deverão ser públicos, salvo algum motivo especial que conduza à necessidade de preservação de sigilo. A decisão final, atribuindo ou não a responsabilidade ao empregado, deverá ser fundamentada. A qualquer momento, porém, o empregado poderá

8. Constata-se, assim, que dos direitos fundamentais processuais, aqueles não aplicáveis são os da igualdade, da tutela executiva e do juiz natural, porque inadequado ao fim pretendido. Com efeito, inicialmente, frise-se que não há como se aplicar o princípio da igualdade, uma vez que em tal procedimento o empregador é ao mesmo tempo aquele quem instaura o procedimento, imputando a conduta ao empregado, e, ainda, aquele que profere a decisão final no procedimento. De igual maneira, o direito fundamental à efetividade, ou da máxima coincidência possível, é inaplicável dadas as peculiares características do procedimento. Por fim, quanto ao juiz natural, o empregado poderá, a qualquer momento, questionar o procedimento do empregador no poder judiciário, oportunidade em que será julgado pelo juiz natural. Porém, no procedimento em si, não há falar no julgador natural, porque esse será o empregador ou pessoa designada pelo empregador para tanto, podendo essa designação ocorrer após a descoberta do ato danoso, precisamente no momento da instauração do procedimento.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 165 5/3/2007 12:34:02

questionar judicialmente tanto os aspectos materiais do ato danoso, como também os aspectos formais do procedimento, bem como o mérito da decisão final.

Pode-se, dessa maneira, fixar, que o procedimento para apuração de responsabilidades seria simplificado, mas deveria ser escrito e conter a expressa notificação do empregado para se defender, o prazo mínimo para efetivação da defesa, a ampla possibilidade de produção de provas – à exceção das ilícitas - e, finalmente, uma decisão final do empregador, escrita e devidamente fundamentada. Tal decisão do procedimento seria irrecorrível e, em geral, apenas poderia ser questionada no judiciário, mas a existência do procedimento, em si, já contribuiria para uma melhor proteção salarial ao empregado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os estudos empreendidos nos itens que compõem o presente trabalho, é possível destacar os seguintes pontos principais.

Atualmente existe certa tendência da doutrina em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais, o que, entretanto, não exclui as concepções que negam a eficácia frente terceiros. Assim, em que pese a existência de diversas teorias relativas à aplicabilidade das normas fixadoras de direitos fundamentais nas relações privadas, importa destacar uma tendência jurisprudencial dos Tribunais brasileiros em aplicar diretamente os direitos fundamentais.

Conquanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas venha ganhando espaço no cenário jurídico nacional, necessário que sejam fixados os critérios para tanto, porque, em realidade quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas está-se diante de um conflito de direitos fundamentais. Por um lado, o princípio da autonomia privada. Por outro, o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução, então, seria a mesma dos diversos casos de conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação em cada caso concreto.

Fixados tais pontos, frise-se a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, o que conduz à necessidade de estabelecimento de um prévio processo interno para apuração de responsabilidade do empregado pelo dano causado ao empregador, como pressuposto essencial à legalidade do desconto em seu salário. Outra hipótese de necessidade de prévio procedimento interno é a de aplicação de justa causa para a rescisão do contrato de emprego, devendo, em ambos os casos, o procedimento interno observar os princípios processuais fundamentais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 166 5/3/2007 12:34:02

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos Y constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. De Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em: 24 jun. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil.* 6ª ed. Salvador: Edições JUS Podivm, 2006, v. 1

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 Anos da Constituição Federal. *Revista Jurídica*. v. 6, n. 60 - Maio/ 2004. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ ccivil_03/ revista/Rev_60/Artigos/ Art_Olavo.htm Acesso em 19.03.06.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MULLER, Julio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais.* Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* Trad. Wagner Giglio. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 167 5/3/2007 12:34:02

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.299-338.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 168 5/3/2007 12:34:03

Capítulo VIII
O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil

*Fredie Didier Jr.**

Um dos assuntos mais estudados, atualmente, no direito constitucional é a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas[1]. Neste contexto, avulta a importância dos direitos fundamentais processuais, especialmente o devido processo legal, a cláusula geral constitucional que protege o sujeito contra qualquer exercício abusivo de poder.

O devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas. Na verdade, qualquer direito fundamental, e o devido processo legal é um deles, aplica-se ao âmbito das relações jurídicas privadas. A palavra "processo", aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial).

Antes de explicar o tema, convém frisar a discussão sobre a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado. Trata-se de estudar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na doutrina estrangeira a questão é bastante controvertida. Existem, basicamente, três teorias que tentam explicar o assunto: a) a teoria do *state action*, que

---

* Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor dos cursos *Jus*PODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1. Sobre o tema, CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (trad.). Coimbra: Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". Leituras complementares de processo civil. 5ª ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007; *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284; *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, p. 506-523; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; _____. (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144-200; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 97-138.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 169 5/3/2007 12:34:03

nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado (é a que prevalece no direito norte-americano e que prevalecia, até pouco tempo, no direito suíço[2]); b) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas tão-somente serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de direito privado (predominante na Alemanha, Áustria e, de certo modo, na França); c) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isso, a atuação do magistrado em cada caso concreto (prevalece no Brasil, Espanha e Portugal)[3].

Desse modo, a atual Constituição brasileira, pela "moldura axiológica" em que se encontra estampada, admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que o Estado e todos os demais sujeitos de direito estão vinculados às normas constitucionais que garantem direitos fundamentais. Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, naturalmente, vem carregada de especificidades inerentes ao direito privado. Assim, por exemplo, a sua aplicação no caso concreto há de ser, sempre, ponderada com o princípio da autonomia da vontade.

Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal – direito fundamental previsto na Constituição brasileira – aplica-se, sim, ao âmbito privado, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva.

Na fase pré-contratual, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se

---

2. De acordo com a informação de Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81-83), a Suíça não adota a teoria do *state action,* pois, após a reforma constitucional de 1999, a constituição suíça passou a conter um artigo que expressamente prevê a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (art. 35, 3): "As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também na relação entre privados". Segundo o autor, a Suíça adota o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais.
3. Sobre o tema, SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *Leituras complementares de processo civil.* 5ª ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007; *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 170 5/3/2007 12:34:03

ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino – art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).

A Lei Federal n. 11.127/2005 ratificou este entendimento, quando determinou a alteração do art. 57 do CC-2002, relacionado ao procedimento para exclusão de associado, que passou a ter a seguinte redação: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos noestatuto".

O Supremo Tribunal Federal já adotara entendimento semelhante, embora sem fazer referência à polêmica doutrinária da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Veja-se esse julgado do Supremo Tribunal Federal:

> "COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa." (STF, 2a. T., RE nº 158215- 4/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.06.1997.)

Em 2005, o STF voltou a examinar o tema, agora enfrentando a teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas. Esta decisão (proferida no RE n. 201.819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005) é um marco, não por ter sido a primeira, pois não foi, mas porque aqui, aí sim pela primeira vez, o STF predispôs-se a examinar todas as nuances da discussão, em votação que já se reputa histórica. Eis o resumo do julgamento, publicado no Informativo n. 405 do STF, 10-14 de outubro de 2005:

> "A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 171 5/3/2007 12:34:03

> penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa".

Trata-se de julgamento importantíssimo, que ratifica a consagração da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais no direito brasileiro, além de revelar a importância paradigmática do art. 57 do Código Civil: não é possível, mesmo no âmbito privado, exercício de poder sem o respeito aos direitos fundamentais, processuais ou materiais, notadamente o direito fundamental a um processo devido, que garante ao sujeito não apenas um procedimento prévio de que possa participar em contraditório, mas também a razoabilidade das decisões que afetem os seus direitos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 172 5/3/2007 12:34:04

Capítulo IX
Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural

*Geisa de Assis Rodrigues**

Sumário • 1. Evolução da idéia de juiz natural. 2.Princípio do juiz natural no constitucionalismo brasileiro. 3. Atual concepção do princípio do juiz natural e suas implicações práticas em nosso ordenamento jurídico. 4. Referências bibliográficas.

1. EVOLUÇÃO DA IDÉIA DO JUIZ NATURAL

A noção de um juiz imparcial, designado consoante regras apriorísticas e gerais, com sua esfera de competência quase sempre decorrente de lei, seja esta de índole constitucional ou não, representa a influência dos primados da modernidade na estruturação da função jurisdicional. Muitos identificam o embrião do juiz natural na imposição da prerrogativa de julgamento pelos próprios pares conferida aos nobres, nas cartas feudais, a exemplo do estabelecido no artigo 39 da famosa Magna Carta de 1215[1], que garantia a formação do juízo de uma certa maneira, com a observância da mencionada regra do *parium suorum*.

Ainda que se possa apontar o pioneirismo deste importante documento histórico na preocupação com a relação entre quem julga os conflitos e a garantia de direitos, é na formação do Estado moderno, forjado em oposição às práticas políticas do regime absolutista, que florescerá plenamente a percepção de que deve haver um juiz que naturalmente seja o responsável pela composição de um determinado litígio. Na verdade, o império só se separa radicalmente da jurisdição, e o governo da justiça, sob a égide do iluminismo. Até então, o que hoje se convenciona chamar de prestação jurisdicional era considerado uma atividade típica de governo, enquadrando-se como magistrados ordinários, além dos tribunais superiores, dos corregedores e dos juízes ordinários da terra, os próprios reis[2].

---

* Mestre e doutora (UERJ). Professora-adjunta da Universidade Federal da Bahia. Procuradora Regional da República.

1. 39. "Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra". Também nos artigos 20 e 21 havia referência a julgamento pelos pares.
2. É de todos conhecidíssima a passagem bíblica em que o rei Salomão tem que decidir a quem pertence uma determinada criança, atividade de julgador, nada tendo haver com o ato de administrar.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 173 5/3/2007 12:34:04

Todavia, já nesse momento histórico se verifica a distinção entre o julgador ordinário e o extraordinário, que apenas gozava do "uso da jurisdição"[3]. Objetivava-se, assim, antes de se preservar uma certa ordem tradicional das jurisdições, restringir as comissões que resultavam da eleição pelo príncipe de um juiz, estabelecido com dispensa das regras de competência, e que, eventualmente, podia atuar sem observar as leis que regulavam o processo. O exercício da magistratura não era considerado uma atividade profissional, mas sim um *status* que ensejava o exercício de um poder político. Notório é o caso de Montesquieu, que herdou de um tio o cargo de membro do "Parlement de Bordeaux", órgão judiciário coletivo, e o vendeu posteriormente.[4]

O Estado de direito, marcado pela "racionalização da vida estatal"[5], será terreno fértil para a gênese do princípio que pretende atribuir clareza e certeza ao processo de definição de quem será o responsável pela resolução das disputas jurídicas. De um lado, a expressão "juiz" demarca que o princípio se aplica à esfera do julgador, àquele que estabelecerá a solução dos conflitos que vicejam na sociedade e, que, via de regra, integra o corpo de magistrados, integrante do Poder Judiciário. Erradicada fica, portanto, a possibilidade de se manter um mecanismo como o "bill of attainder", instituto do direito antigo inglês que permitia que o legislador aplicasse sanção penal sem a existência de prévio processo. Certo é que, entretanto, excepcionalmente a ordem jurídica pode conferir função jurisdicional ao Poder Legislativo, como no caso do Senado brasileiro[6] que julgar determinadas autoridades, ou ao Poder Executivo, nos países em que existe o contencioso administrativo, sem o descumprimento desse requisito do princípio que tratamos, uma vez que nesses casos há expressa previsão constitucional de que tais agentes funcionarão de maneira independente, através do processo e de todas as garantias a ele inerentes. São, portanto, juízes para os fins da aplicação do princípio.

De outro lado, o vocábulo "natural" simboliza aquilo que é ordinário, que não é artificial, que pode ser reconhecido facilmente, que foi estabelecido sem qualquer tipo de manipulação, de forças que atuam externa ou internamente ao Judiciário. Daí a natural impossibilidade de escolha de juízes, seja pela Administração, pelo Parlamento ou pelo próprio Tribunal, sem que haja a observância de regras específicas. Em brevíssima síntese, teríamos que o juiz natural é aquele

3. HESPANHA, Antônio Manuel. in *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993. Coordenador Antonio Hespanha. Pg. 387.
4. Citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. Pg. 15.
5. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. Pg. 161.
6. Vide artigos 52, I, II e parágrafo único e 86 da Constituição Federal de 1988..

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 174 5/3/2007 12:34:04

julgador que, consoante as regras vigentes em um determinado sistema jurídico, estabelecidas sem qualquer vínculo com o caso concreto ou com as pessoas envolvidas no litígio, tem legitimidade para conhecer e julgar o conflito. É fácil concluir, assim, que existe óbvia correlação entre o princípio do juiz natural e as idéias matrizes do Estado de direito.

Com efeito, o juiz natural pressupõe o primado da separação de poderes. Foi fundamental que a atividade de definir a solução dos conflitos dos casos concretos fosse percebida como uma função específica do Estado para que se construísse o ideal de que a mesma não deve estar ordinariamente atribuída a quem estabelece as regras de convivência ou a quem gere as leis de forma genérica. Assim, administração e legislação não podem mais se confundir com a jurisdição, seja quanto ao seu conteúdo seja quanto a seu titular. Forçoso reconhecer que a imparcialidade, no sentido de que o exercente do ofício de julgar é sempre terceiro em relação ao conflito, é uma característica exclusiva da jurisdição. Ao revés, o administrador e o legislador têm sempre interesse em suas próprias deliberações, estando, no mais das vezes, visceralmente comprometidos em que prevaleça uma determinada opção. Claro que essa parcialidade institucional não se confunde com favorecimento de algumas pessoas em detrimento de outras; a parcialidade não exclui a necessária impessoalidade do agente de qualquer função estatal. De qualquer sorte, no momento em que se destaca a função jurisdicional das demais funções públicas resta evidente que devem existir mecanismos para garantir a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Concordamos com a professora Ada Pellegrini Grinover quando afirma que o princípio em exame é pressuposto para a própria existência da idéia contemporânea do juiz[7]. Também é pressuposto da naturalidade do juiz a vigência do princípio da legalidade. Só se pode imaginar um juiz que tenha delimitada sua medida de jurisdição de forma adredemente concebida quando se cristaliza a compreensão de que é a lei, originária da representação dos interesses de uma determinada maioria, a fonte dos direitos, das prerrogativas, das restrições e das limitações que a todos vincula. A subserviência do Estado a uma ordem normativa publicamente reconhecível traduz o fenômeno de superação de paradigmas, até então cristalizados, que renovou o fundamento da legitimidade do exercício do poder político. É na lei que deverão estar presentes os critérios para se definir quem será o juiz de um determinado conflito de interesses. Portanto, o primado da legislação, sobretudo nos países da família romano-germânica, é condição para que se desenvolva a compreensão da naturalidade do julgador.

---

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. O procedimento sumário o princípio do juiz natural e a lei orgânica do MP. *Revista Ajuris* 32, ano XI -1984, Pg. 98.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 175 5/3/2007 12:34:04

A lei como parâmetro de conduta social também inaugurará a idéia da igualdade entre indivíduos. Aliás, nesse momento histórico é que realmente se constrói a identidade individual, em contraposição ao homem-corporação característico do período medieval. O homem, pelo simples fato de existir, será titular de direitos e de deveres na ordem jurídica. Nesse sentido, a igualdade de todos perante a lei é conquista fundamental para que vingue a idéia da definição prévia do julgador dos conflitos, posto que somente a igualdade na aplicação efetiva da lei, através do julgamento das disputas sobre sua aplicação, pode concretizar o ideário isonômico.

Ademais, a noção do juiz natural também é importante elemento do complexo de princípios encerrado em categoria jurídica de importante relevo para o Estado de direito qual seja, a do devido processo legal, sobretudo em sua original extensão processual. De nada adiantaria se garantir o direito à ampla defesa, o direito ao contraditório (em seu dúplice desdobramento de direito de informação e de direito de reação), o direito ao procedimento adequado para se ensejar a aplicação de sanções e de restrições aos direitos mais caros ao sistema de valores protegidos pelo ordenamento jurídico, como a propriedade e a liberdade, se o processo pudesse ser conduzido por uma autoridade que não tivesse compromisso com a imparcialidade, estabelecida de forma "ad hoc" ou "ad personam", sem que se pudesse identificá-la por regras genéricas e impessoais. Todas essas noções fundamentais do Estado de direito devem estar expressamente encartadas na Constituição, documento que é essência e forma de uma nova racionalidade estatal.

Destarte, o princípio do juiz natural, como hoje o conhecemos, é estreitamente relacionado ao movimento constitucionalista, que pretendeu plasmar em um documento jurídico estável, com proeminência hierárquica sobre os demais regulamentos, todas as normas relativas ao funcionamento do Estado, aos direitos dos cidadãos e a tudo que se reputasse essencial para os destinos da comunidade constituída. Ao contrário de outros ramos do direito, as regras mais relevantes do processo atual já nasceram umbilicalmente ligadas ao fenômeno do constitucionalismo, como demonstra o princípio do juiz natural. Muito embora os documentos ingleses da "Petition of rights" de 1628 e do "Bill of rights", de 1689 não sejam típicos textos constitucionais, à sua maneira contêm noções básicas que até hoje integram o que se pode chamar de um sentimento constitucional inglês, e delineiam expressamente a proibição dos juízes extraordinários[8], importante

8. Petition of rights- VII-(…) "e que nenhum transgressor, seja qual for a sua classe, pode subtrair-se aos processos normais e às penas infligidas pelas leis e provisões deste vosso reino; e considerando que, todavia, nos últimos tempos, diversos diplomas, com o Grande Selo de vossa Majestade, têm investido certos comissários de poder e autoridade para, no interior do país, aplicarem a lei marcial contra soldados e marinheiros e outras pessoas que a estes se tenham associado na prática de assassinatos, roubos, felonias, motins ou quaisquer

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 176 5/3/2007 12:34:05

legado que constituirá a vedação constitucional do Tribunal de exceção, prevista sempre como um dos conteúdos do princípio sob comento. Interessante notar que, para os ingleses, essa conotação do princípio do juiz natural é, até hoje, considerada suficiente para garantir um juiz imparcial.[9] Os norte-americanos, tanto na Declaração de Direitos da Virgínia[10] quanto na Constituição dos Estados Unidos da América[11], refletiram os debates que os federalistas promoveram sobre a forma mais adequada de funcionamento da máquina jurisdicional, e introduziram a idéia da inderrogabilidade da competência territorial como decorrência do princípio do juiz natural.

Foi, contudo, em 1790, na França, que, pela primeira vez, uma lei mencionou a expressão "juiz natural"[12], o que foi reproduzido na Constituição do mesmo país de 1791[13], que além da proibição absoluta do poder de comissão, através do qual se permitia a criação de órgãos julgadores extraordinários, limita às hipóteses legais os casos que admitem o poder de evocação, segundo o qual se poderia alterar a regra de competência de um juiz, e o poder de atribuição, que permite a cominação de matérias específicas para determinados julgadores. Posteriormente, os franceses admitiram com maior largueza a possibilidade da especialização de juízos, desde que se atendesse aos critérios da abstração e da generalidade.

---

crimes e transgressões, e para sumariamente os julgar, condenar e executar, quando culpados, segundo as formas da lei marcial e os usos dos exércitos em tempo de guerra. VIII - (...) e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas; e que Vossa Majestade haja por bem retirar os soldados e marinheiros e que, para futuro, o vosso povo não volte a ser sobrecarregado, e que as comissões para aplicação da lei marcial sejam revogadas e anuladas e que, doravante, ninguém mais possa ser incumbido de outras comissões semelhantes, a fim de nenhum súdito de Vossa Majestade sofrer ou ser morto, contrariamente às leis e franquias do país." Bill of rights- Art. 3º "Que o diploma de criação do último Tribunal de comissários para as casas eclesiásticas e todos os outros diplomas e tribunais de idêntica natureza são ilegais e perniciosos".

9. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. SP: RT, 1995.
10. Seção VIII- "Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir prova em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei da terra ou pelo julgamento de seus pares."
11. Artigo VI das 10 primeiras emendas: "Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial do Estado e distrito em que o crime foi cometido, distrito esse que deve ter sido previamente fixado pela lei, além do direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa".
12. Lei francesa em seu artigo 17 do Título II "A ordem constitucional das jurisdições não pode ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus juízes naturais, por meio de qualquer comissão, nem mediante outras atribuições ou evocações, salvo nos casos determinados pela lei".
13. Artigo 4º do capítulo V: "Os cidadãos não podem ser subtraídos dos juízes que a lei lhes atribui, por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e evocações, além das determinadas por lei".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 177 5/3/2007 12:34:05

A contribuição do constitucionalismo italiano, por sua vez, foi evidenciar como aspecto do juiz natural a sua pré-constituição legal antes do advento do fato a ser julgado[14]. Outros países prevêem a garantia do juiz natural definindo-o como o juiz legal, como os alemães e os espanhóis, podendo-se afirmar que se trata de um princípio de vocação universal para os países que comungam das mesmas premissas políticas e culturais, tendo sido consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948[15].

Nesse momento, o juiz natural transcende os limites geográficos e políticos dos territórios que os tinham adotado para ser reconhecido como um direito que se quer atribuir idealmente a todos os homens do mundo, sendo proclamado como um verdadeiro direito humano. Em sendo um princípio que protege valores tão importantes para o Estado de direito, como a legalidade e a isonomia, sua aplicação será mais dramaticamente relevante na esfera penal, tanto pela importância da efetividade das normas punitivas para o convívio dentro de um determinado contexto social, quanto pela possibilidade de atingir um valor fundamental para o indivíduo, como a sua liberdade física. Não é à toa que a liberdade é um símbolo do iluminismo, eis que será importante fundamento para a edificação de um sistema social e econômico como o capitalismo, totalmente incompatível com as amarras típicas do sistema feudal. Qualquer forma de supressão da liberdade deve observar regras estritas, sobretudo quando se trata da incidência da sanção penal. Por isso, a precedência da aplicação do princípio do juiz natural no âmbito processual penal.

Todavia, o que prevaleceu, posteriormente, foi a ampla extensão do princípio também ao julgamento de matéria não penal, posto que a imparcialidade do Poder judiciário tem relevo em qualquer tipo de demanda. Na verdade, a idéia do juiz natural integra um conjunto de fundamentos concebidos na formação do Estado de direito hodierno, construído a partir do legado histórico dos anglo-saxões e dos franceses, configurando um verdadeiro parâmetro da democracia. É um valor compartilhado por todos os países cujos ordenamentos jurídicos adotam os pressupostos do Estado de direito ocidental. Entretanto, sua garantia não foi suficiente para evitar episódios de triste memória como os tribunais de exceção da França colaboracionista, tão bem representados por Costa Gravas no filme

14. Artigo 25 da Constituição da República italiana – "Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Ninguém pode ser punido, senão por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei".
15. Artigo 10 – "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 178 5/3/2007 12:34:05

"Sessão Especial de Justiça", e os próprios tribunais nazistas. Vivemos, ainda, o desafio de concretizar o princípio no nível internacional como comprova a formação do questionado Tribunal de Nuremberg, e a intenção de julgar os crimes atribuídos a terroristas na base norte-americana de Guantánamo[16].

2. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No direito brasileiro, ressalvada a Carta de 1937, todos os textos constitucionais contiveram normas que previam, com maior ou menor amplitude, o princípio do juiz natural. É interessante notar que o movimento pendular democracia – autoritarismo, que caracteriza a nossa história constitucional, tem importante repercussão na conformação do princípio e, sobretudo, na sua própria eficácia. Conquanto a Constituição do Império Brasileiro seja criticada pela ausência de mecanismos processuais que ensejassem a defesa de sua extensa declaração de direitos[17], nela se percebe uma viva preocupação com a independência do Poder Judiciário, de óbvia inspiração francesa, afirmada tanto no artigo 151 quanto no inciso XII do artigo 179[18].

Ademais, na primeira constituição brasileira há expressa garantia do julgamento final pela autoridade competente, estabelecida previamente em lei, com vedação da avocação e da sustação de causas, bem como a interessante impossibilidade da ressuscitação de processos findos[19]. Todavia, a inaptidão do nosso Império para adotar as práticas iluministas era quase absoluta, pois o regime que admitia a escravidão de seres humanos não poderia viver em toda a sua radicalidade o lema da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O poder moderador atribuído ao Imperador representava a capitulação da clássica separação de poderes, comprometendo a independência do Judiciário. Entre a intenção do constituinte de 1824 de garantir a naturalidade do juiz e o gesto do sistema jurídico de efetivamente atendê-lo houve muita distância.

---

16. Ainda restam mais de 600 prisioneiros detidos durante a guerra contra o terrorismo, empreendida pelo governo norte-americano, sem acusação formal e sem ter acesso a advogados.
17. Crítica de Rui Barbosa. Apud CASTRO ARAÚJO. *A Constituição de 1937*. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 2003.
18. Artigo 151- "O poder judicial é independente, e será composto de juízes, e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem artigos da Constituição imperial". Artigo 179, inciso XII – "Será mantida a independência do Poder judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las, ou fazer reviver os processos findos."
19. Artigo 179, inciso XI – "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita".
20. Artigo 72, §15. "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 179 5/3/2007 12:34:05

A proclamação da República representou um novo alinhamento de nossa tradição constitucional com o direito norte-americano, limitando-se a Constituição de 1891 a prever a garantia da autoridade competente para sentenciar, em virtude de lei anterior[20]. Adotamos, naquele momento histórico, a compreensão que a maior força do princípio do juiz natural residia na inderrogabilidade de sua competência haurida por lei. Mais, uma vez, todavia, prevaleceu a "insinceridade"[21] que tanto caracteriza nossa evolução constitucional, pois a atuação comprometida do Judiciário, sobretudo nos rincões comandados pelos coronéis da República Velha foi uma realidade histórica que esvaziava a garantia formal do juiz natural.

Contra esse estado de coisas surge a mudança ensejada pela Constituição de 1934, quando, pela primeira vez, aparece, no item 25 do artigo 113, a expressão "tribunais de exceção", vedados ao lado do foro privilegiado[22]. A mencionada ordem constitucional distingue a natureza do foro privilegiado, estabelecido apenas em razão da pessoa, seja com base em sua classe social, sua condição familiar, o gênero a que pertence ou a renda que aufere, do foro de prerrogativa de função, que existe em virtude do exercício de determinado cargo ou função pública. Assim, a Constituição previu casos de competência originária da Corte Suprema para processar e julgar o Presidente da República e os Ministros da Corte quanto a crimes comuns[23], sem que tenha sido contraditória com a repulsa à fixação da competência do juiz "ad personam". Ao mesmo tempo, não se abdicou da tradição anterior da garantia do juiz competente, mas se ampliou a mesma na medida em que a regra da autoridade competente deve existir não só para sentenciar como também para processar o cidadão.

Assim, já em 1934 temos o conteúdo dúplice do princípio do juiz natural[24], que hoje o caracteriza no nosso país. De outro lado, admitiu expressamente a possibilidade da criação de justiça especializada, que de resto sempre foi aceitável em nosso sistema jurídico. Apesar de tudo, como relembra Alvino Pinto Fal-

21. Expressão adotada por Luís Roberto Barroso na obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
22. Artigo 113,25- "Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção, admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas". Artigo 113, 26- "Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma nela prescrita."
23. Artigo 76. "À Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador – Geral da República, os juízes dos tribunais federias e bem assim os das Cortes de apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 61".
24. Cf. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, in *O processo em sua unidade II*. GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 1984

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 180 5/3/2007 12:34:06

cão, foi sob a égide desta constituição que medrou a erva daninha de um tribunal que foi o "coveiro da democracia"[25]. Trata-se do Tribunal de Segurança Nacional, criado através da lei nº 244, de 11 de Setembro de 1936, para funcionar sempre que fosse decretado o estado de guerra, mas que teve atuação em tempos de paz.[26].

É frustrante reconhecer que a Constituição de 1934 teve pouquíssima efetividade jurídica, sendo apenas um momento de passagem rumo à construção de um Estado totalitário como o Estado Novo. Sem subterfúgios, a ordem de 1937 rompe o compromisso brasileiro com o princípio do juiz natural, pois apenas faz menção no sentido de que é a autoridade competente que deve decretar a prisão, ausente a flagrância do delito[27]

Em 1946, mais uma vez se lançam novas esperanças de redemocratização no país, restabelecendo o conteúdo do princípio do juiz natural quase nos mesmos moldes da Constituição de 1934[28]. Infelizmente, ainda na vigência da Constituição de 1946 tivemos uma nova investida contra a democracia com o advento do golpe militar de 1964, quando a Junta Militar se autoconferiu um poder de instituir normas acima da própria Constituição.

Em 27 de Outubro de 1965 o Ato Institucional nº 02, além de suspender as garantias da magistratura[29] e outras normas de cunho autoritário, alterou a composição do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16 Ministros,[30]com o objetivo de alinhar o pensamento da Corte com os ideais da "Revolução". Romboli cita que a violação da composição das Cortes Superiores pode ensejar lesão ao princípio do juiz natural, porque compromete sua imparcialidade[31]. Mas não bastavam os Atos

25. Apud FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 152
26. A lei nº 244, de 11 de setembro de 1936 foi alterada para prorrogar o Tribunal pelo decreto-lei 88, de 20 de Dezembro de 1937, e pelo Decreto-lei de 10 de Maio de 1939.
27. Artigo 122, 11- "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente."
28. Artigo 141, 26 –"Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção". Artigo 141, 27- "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior".
29. Artigo 14. "Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções de tempo certo. Parágrafo único- Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessa garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução."
30. Artigo 6º do Ato deu nova redação ao artigo 98 da CF de 1946- "O Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis ministros". Portanto, para não cassar ministros do STF, Castelo Branco aumentou o número de magistrados do Tribunal de 11 para 16, por meio do AI-2, de 27 de outubro de 1965. Nomeou cinco ministros: Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros.
31. Romboli, ROBERTO. Teori e prassi del principio di preconstituzione del giudice. *Giurispudenza costituzionale* Anno XXXVII-1992- Luglio –Agosto- Fasc. 4 Casa Editrice Dott. Antonino Giuffrè- Milano. 3244/3285.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 181 5/3/2007 12:34:06

Institucionais, foi necessária a alteração do texto constitucional, então vigente, pela Carta de 1967, que reduziu o princípio do juiz natural à vedação da existência de tribunais de exceção[32], o que, na prática, tinha apenas um valor simbólico, uma vez que esse período foi pródigo em medidas frontalmente contrárias a este preceito.

Apenas a título de ilustração, podemos citar algumas normas do malsinado Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que vedou a propositura de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, suspendeu o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal, ensejou a aplicação de medidas de segurança restritivas da liberdade pelo Ministro do Estado da Justiça, impedindo o seu reexame judicial[33]. Também em virtude desse Ato o Supremo teve sua composição artificialmente alterada, com a aposentadoria compulsória de três ministros: Victor Nunes Leal, vice-presidente da Corte, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, que tinham sido nomeados por Presidentes democratas[34]. Por fim, mas não menos grave, exemplo de vigoroso desrespeito à idéia da vedação a tribunal de exceção, prevista na Constituição vigente do regime militar foi a possibilidade de nomeação dos membros do Conselho de Justiça, órgão encarregado de julgar os crimes contra a segurança nacional nos de penas de prisão perpétua e de morte, pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, albergada no decreto-lei 898, de 29 de setembro de 1969[35].

---

32. Art.150, §º15- "Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção".
33. Artigo 5º I – "A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função. IV - aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado. Artigo 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º- O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer titulares das garantais referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço". Artigo 10 – "Fica suspensa a garantia de hábeas corpus, nos casos de crimes políticos praticados contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular". Artigo 11- "Excluem-se da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos".
34. Nunes Leal tinha sido nomeado ministro pelo governo Juscelino Kubitschek, enquanto Jango nomeara Lins e Silva e Hermes Lima. À época, alguns integrantes da Suprema Corte demonstraram seu descontentamento com tal intervenção do Executivo. O presidente do STF na época, ministro Antônio Gonçalves de Oliveira, renunciou ao cargo um mês após ser empossado, e o ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada, seu sucessor, fez o mesmo. Juízes de vários tribunais e instâncias também foram cassados pelo AI-5, como registra o interessante trabalho organizado por Renato Lemos sobre a atuação do Ministro do Superior Tribunal Militar Peri Bevilaqua. *Justiça Fardada: o General Peri Bevilaqua no Superior Tribunal Militar (1965-1969)* – Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004.
35. Artigo 84 do Decreto-lei 898, de 29 de Setembro de 1969- "Serão nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar os membros dos Conselhos de Justiça competentes para o julgamento dos crimes punidos com as penas de prisão perpétua e de morte. Parágrafo único. A nomeação dos Juízes do Conselho constará dos autos do processo, por certidão".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 182 5/3/2007 12:34:06

A voracidade constituinte do novo governo ainda não estava saciada, tendo sido editada a Emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969, que consubstanciou em verdade um novo texto constitucional. No que concerne ao princípio do juiz natural, foram mantidas as bases de 1967[36].

Apenas em 1977 haverá uma nova alteração constitucional que tenha relevo para a prestação jurisdicional, com a introdução da avocatória pela Suprema Corte de causas em trâmite em outras instâncias judiciais, quando pudessem por em risco determinados interesses[37], e do contencioso administrativo[38]. Embora de conteúdo francamente autoritário, uma vez que os motivos que autorizavam a avocação de causas eram estritamente relacionados aos interesses do Executivo, não vislumbramos o comprometimento da idéia do juiz natural nessa hipótese, uma vez que a norma constitucional estabeleceu critérios gerais para admitir o deslocamento de competência para um Tribunal já existente, que funcionava como a cúpula do próprio Poder judiciário.

O processo de reabertura política engendrou um novo texto constitucional, cuja missão é resgatar as iniciativas malogradas de concepção de uma democracia no Brasil. A Constituição de 1988, a "constituição cidadã", retomou toda a dimensão do princípio do juiz natural com a vedação de tribunais de exceção e a garantia da autoridade competente para processar e julgar os cidadãos[39]. Além do mais, podemos dizer que todas as regras constitucionais que disciplinam a competência dos órgãos jurisdicionais são fundamentais para que se identifique o juiz natural, sendo cada vez mais recorrente identificar a naturalidade do juiz com a sua previsão constitucional. A Constituição prevê até mesmo um tribunal especial em tempo de guerra, única situação, aliás, em que se justifica a existência de um juízo extraordinário[40].

---

36. Artigo 153, §15 – "A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção".
37. Artigo 119, o – "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendem os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido". Sobre a avocatória, vide MACIEL, Adhemar Ferreira. Avocatória: violação do "juiz natural" ou uma exigência de nossos tempos? in *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993
38. Artigo 111- "A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para julgamento das causas mencionadas no artigo anterior. Não houve a sua implantação no Brasil".
39. Artigo 5º, XXXVII- "não haverá juízo ou tribunal de exceção, e LIII- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".
40. Artigo 142, § 3º, inciso VI:- "O oficial de justiça só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 183 5/3/2007 12:34:06

3. ATUAL CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

De tudo o quanto exposto podemos concluir que o princípio do juiz natural, como qualquer outro princípio jurídico, tem sua definição sujeita às injunções políticas prevalentes em um determinado momento histórico de uma dada sociedade. Ainda que exista um conteúdo mínimo de identidade entre as várias versões, no tempo e no espaço, deste princípio, é fundamental para que identifiquemos sua dimensão atual conhecermos como se dá sua efetiva aplicação.

Não se discute que hoje, no direito brasileiro, o juiz natural seja tributário de duas vertentes: a que veda a criação do juízo de exceção, aquele casuisticamente concebido para processar e julgar determinados casos e pessoas, e a que garante o juízo competente, aquele decorrente das regras constitucionais, legais e regulamentares que disciplinam quais os órgãos jurisdicionais que devem dirimir os conflitos. Imperativos de ordem prática e gerencial têm relativizado algumas limitações que decorriam do princípio, acabando por circunscrever a existência de um núcleo duro do mesmo, merecedor de uma proteção mais rigorosa.

Com efeito, o princípio do juiz natural tem sido moldado para não inviabilizar o funcionamento ordinário da Justiça. De nada adiantaria investir um juiz natural se tal princípio inviabilizasse o exercício da jurisdição e a efetiva garantia dos direitos individuais e coletivos. O juiz natural, não podendo ser óbice à jurisdição, mas garantia da lisura da mesma, rende homenagens à necessidade de respostas prontas e mais céleres da Justiça. Eis porque muitos casos, nos quais não se vislumbrou vícios ou distorções, nem perigos à democracia, já foram chancelados pelas altas cortes do país. Não se deve aplicar o princípio com a abstração de sua lógica, que se prende à definição de um juiz que seria o ordinariamente responsável pela resolução da lide, a partir da compreensão das regras gerais que disciplinam a competência, sempre se resguardando a imparcialidade e independência do Judiciário.

O princípio do juiz natural abrange tanto o juízo quanto o juiz, mas não se confunde com o princípio da identidade física do juiz[41], pois não implica a necessidade de que seja o julgador que concluiu a instrução o mesmo que profira a sentença. Mas, de ordinário, é ofensivo à idéia do juiz natural a realização de ato tipicamente judicial por quem não é investido de jurisdição, como o conciliador conduzir e encerrar audiência de instrução e julgamento, por exemplo[42].

41. A jurisprudência citada neste verbete foi gentilmente coletada pelo acadêmico Alexandre Jabur. Cf. TRF/4ªR – 2ª Turma – AMS. 82880, Rel. Juiz Alcides Vettorazzi, j. 20.5.2003, DJU 11.6.2003, p. 587, e TRF/4ªR, AC. 185765.
42. Cf. STJ – 3ª Turma – REsp. 423117, Rel. Castro Filho, j. 19.9.2002, RSTJ 163/318.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 184 5/3/2007 12:34:07

As regras de impedimento e suspeição, que se aplicam a cada julgador, decorrem da naturalidade do juiz[43], e ainda que não fossem previstas no ordenamento poderiam ser deduzidas da própria expressão constitucional do princípio. Nesse sentido, reputou-se lesivo ao juiz natural que um magistrado pudesse julgar ação popular cujo objeto era impugnação de ato por ele mesmo perpetrado[44].

Em virtude da incidência do princípio na pessoa do juiz, a composição dos órgãos jurisdicionais colegiados deve guardar estrita observância com o disposto na lei, e justamente por isso, já se considerou como de exceção tribunal militar cujo integrante não era oficial e sim aspirante a oficial[45], bem como se invalidou nomeação de juiz classista escolhido sem a observância da regra de suplência[46]. No mesmo sentido, não se pode afastar, sem justa causa, do julgamento de recurso juiz integrante de tribunal[47]. Todavia, considera-se que a lei pode admitir, excepcionalmente, regras diferenciadas para a composição desses órgãos, como ocorre na convocação de juízes de primeiro grau para funcionar em tribunais[48]. Ao mesmo passo, a delegação da instrução de processos originários de Cortes a juizes de primeiro grau também não é considerada uma violação ao princípio[49].

É conteúdo do juiz natural a vedação de eleição específica de um magistrado para o julgamento de um caso, quer seja a escolha realizada pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, embora a Constituição admita, como uma regra de interdependência dos poderes, que, em alguns casos, componentes de tribunais possam ser indicados pelo Executivo, com a necessária aprovação do Legislativo[50]. Tem se admitido que os Tribunais, de acordo com a autorização legislativa, possam indicar o juiz para férias e plantões[51], bem como a designação pessoal de juizes no caso de impedimento dos titulares[52]. Outra hipótese que não tem sido

43. TRF/1ªR – 4ª Turma – EXSUSP 01121413, Rel. Juiz Olindo Menezes, j. 18.11.1991, DJU 10.2.1992, p. 1903) No mesmo sentido: TRF/1ªR, EXSUSP 01165283; TRF/1ªR, EXSUSP 01118889.
44. TRF/1ªR – 2ª Seção – CC 01314776, Rel. Juiz Olindo Menezes, j. 20.8.1996, DJU 25.11.1996, p. 90124.
45. STM. APFE 454936/RJ. Rel. Min. Alzir Benjamim Chaloub. Decisão: 30/03/89. Em. de jurisp., v. 589-01, DJ1 de 24/04/89.
46. STF-RE 197888-BA, julg. Em 13/01/1997, 2ª Turma, v.u., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 28/11/1997, p. 62231.
47. TRF/1ªR – 3ª Seção – EIAC 01001058790, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 6.9.2000, DJU 21.2.2003, p. 9) No mesmo sentido: TRF/1ªR, AC. 01000599369.
48. HC 69601/SP-, rel. Min. Celso de Mello, jul. 21/11/1992, 1ª Turma, DJU 18/12/92, HC 69601/SP, rel. Min. Celso de Mello, jul. 24-11-1992, 1ª Turma, DJU 18-12-1992.
49. AI 202102/SP, Min. Sepúlveda Pertence, julg. 18/11/1997 1ª Turma, DJU 6-02-98, HC 82111/RJ, Min. Carlos Velloso, jul. 17/09/2002,2ª Turma, DJU 11-10-2002.
50. Vide artigos 52, III, a; 84, XIV e XVI; 94, parágrafo único; 101, parágrafo único; 104, parágrafo único; 107, III, §º 1º; 115; 119,II; 120,§º 1º, III; 123, caput e parágrafo único.
51. HC 78388/BA, rel. Min. Sydney Sanches, jul.15-12-1998, 1ª Turma, DJU 21-05-99.
52. HC75861/RJ Rel. Min. Ilmar Galvão, jul. 4/11/1997, 1ª Turma, DJU 12-12-97.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 185 5/3/2007 12:34:07

considerada ofensiva ao juiz natural é a nomeação de juízes para integrar mutirões de auxílio a varas com excesso de trabalho[53], nem para integrar varas itinerantes.

No direito brasileiro o juiz natural se aplica da mesma forma em matéria penal e não penal, sendo que até mesmo na esfera do processo administrativo, há quem defenda a sua incidência. Assim, deve haver previsão legal e genérica da autoridade competente para aplicar sanções administrativas, muito embora as comissões processantes geralmente sejam constituídas para cada caso. Na verdade, em matéria administrativa o princípio do juiz natural significa, sobretudo, que a autoridade responsável pela aplicação da sanção deve ser a prevista em lei, e que a mesma deve atuar de maneira imparcial e impessoal[54].

De outro lado, dúvida não há quanto à abrangência do princípio em relação a todas as esferas jurisdicionais. A jurisdição voluntária também está sujeita ao princípio do juiz natural, mesmo para os que a consideram uma atividade administrativa do Judiciário, a uma porque existe a possibilidade de restrições de direitos, que devem ser conduzidas por juízes imparciais, a duas porque, como visto, o princípio também abrange a esfera administrativa. Daí que as causas de jurisdição voluntária devem ser submetidas ao critério geral da livre distribuição entre os juízes competentes.

O princípio se aplica em todos os graus da jurisdição, ou seja, deve-se garantir que cada esfera de jurisdição possa agir dentro dos limites previstos na lei. Por isso que, via de regra, se reputa ofensivo ao princípio em tela que o tribunal conheça de matérias de mérito não suscitadas perante o juiz de primeira instância[55]. A exceção tradicionalmente reconhecida é quando se tratava de exame da preliminar de mérito relativa à prescrição, estando a causa madura, oportunidade em

---

53. AI 413243/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, jul. 26/11/2002, 2ª Turma, DJU 19-12-2002.
54. Já se decidiu que o oficial de justiça lotado em determinada vara, somente pode ser punido por juiz titular daquela vara e não pelo juiz diretor do fórum, titular de outra vara, a quem esteja o meirinho prestando serviços, já que a este o servidor não deve subordinação funcional. Proc. 24/83 em ANDRÉ, Bruno Affonso (coordenador) *Decisões administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo* 1982/1983. São Paulo: 1983, nº 82, p. 254. Considerando violação ao princípio do juiz natural, por comprometimento da imparcialidade da autoridade administrativa, a lei orgânica do MP Estadual de São Paulo porque a mesma autoridade que investiga é a que pune, vide. BOLQUE, Fernando César. As decisões da corregedoria e o princípio do juiz natural: uma análise crítica ao art. 269 da Lei orgânica estadual do Ministério Público, *in Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. Ano V. nº 38 jun-jul-ago/2001.
55. TRF/1ªR – 5ª Turma – AG. 01000140556, Rel. Juíza Selene Maria de Almeida, j. 9.11.2001, DJU 21.1.2002, p. 511TRF/2ªR – 6ª Turma – AG. 106020, Rel. Juiz Poul Erik Dyrlund, j. 30.4.2003, DJU 13.11.2003, p. 261) No mesmo sentido: TRF/2ªR, AC. 164710; TRF/2ªR, AC. 129005; TRF/2ªR, AG. 83471; TRF/2ªR, AG. 80664; TRF/2ªR, AG. 100989; TRF/2ªR, AC. 152963; TRF/2ªR, AC. 142515; TRF/2ªR, AGA75105; TRF/2ªR, HC 2020; TRF/2ªR, AC. Proc. Orig. 9202020736/RJ. A análise da matéria pelo juízo "ad quem" quando o juízo "a quo" já se pronunciou, mesmo que tenha extinguido o feito sem julgamento de mérito, não fere o p. do Juiz Natural;(TRF/4ªR – 3ª Turma – AC. 201678, Rel. Juíza Vívian Josete Pantaleão Caminha, j. 28.9.2000, DJU 31.1.2001, p. 527)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 186 5/3/2007 12:34:07

que se admite o conhecimento pelo tribunal sem que se considere ter havido supressão de instância[56]. A partir de Dezembro de 2001 a norma processual admite que o tribunal possa julgar desde logo a lide se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condiçõesde imediato julgamento, ainda que tenha sido caso de extinção do processo sem julgamento de mérito. Seria caso de violação ao juiz natural? No nosso entendimento não, a uma porque todas as questões que serão julgadas pela segunda instância foram suscitadas no primeiro grau, tendo o juiz, entretanto, optado pela desconsideração dessas questões por não enfrentar o mérito da causa, a duas porque o Tribunal é o juiz natural da revisão das decisões proferidas pelos magistrados de primeira instância. O que temos, em verdade, é a adequada aplicação do princípio da economia processual.

Do mesmo modo, não viola o princípio do juiz natural a concessão, pelo Tribunal, de liminar denegada pelo juiz *a quo*, uma vez que, em sede de revisão judicial podem as Cortes de Justiça exercer o poder geral de cautela[57]. Aliás, somente o órgão que a lei considerar revisor pode reapreciar decisões dos juízes a ele vinculados[58]. No julgamento de recursos, é em homenagem ao princípio sob análise que a lei define quem pode fazer seu juízo de admissibilidade, abortar seu processamento e realizar seu exame de mérito, seja preliminar ou definitivo. Portanto, os poderes conferidos por lei aos relatores dos recursos nos tribunais não são lesivos à idéia da naturalidade do juiz, pois, justamente, a lei passou a indicá-los como juízes naturais para examinar tais questões.

Uma hipótese controvertida de ofensa ao princípio é o leilão extrajudicial previsto no artigo 32 do decreto lei 70/66[59], que acaba por conferir poder de execução, típico dos órgãos jurisdicionais, aos agentes do sistema financeiro habitacional diretamente interessados na causa. No nosso entendimento é caso de violação explícita do princípio, embora não tenha o Pretório Excelso se sensibilizado pela questão[60]. Assim como atribuir atividade tipicamente jurisdicional

---

56. TRF/4ªR – 5ª Turma – AC. Proc. Orig. 9504541470, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 29.3.1996, DJU 5.6.1996, p. 38468.
57. TRF/3ªR – 2ª Seção – MS. Proc. Orig. 95030728029, Rel. Juíza Marli Ferreira, j. 22.10.1996, DJU 27.11.1996, p. 91294.
58. STJ – 1ª Turma – ROMS. 15396, Rel. Humberto Gomes de Barros, j. 18.2.2003, DJU 17.3.2003, p. 178
59. Artigo 32- "Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar, no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado"
60. Pela constitucionalidade do artigo 32 do decreto-lei 70/66: o STF no RE 223075/DF, Relator: Min. Ilmar Galvão 1ª Turma. DJU 6/11/98.pg.00022. Em sentido contrário: TRF/1ªR – 2ª Seção – MS 01151219, Rel. Juiz Nelson Gomes da Silva, j. 14.6.1994, DJU 8.8.1994, p. 41738; TRF/4ªR – 6ª Turma – AC. Proc. Orig. 9004175822, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 2.6.2002, DJU 8.7.1998, p. 297; TRF/4ªR, AG. Proc. Orig. 9404482331; TRF/4ªR, AG. Proc. Orig. 9504297102; TRF/4ªR, AG. Proc. Orig. 9504377955; TRF/4ªR, AG. Proc. Orig. 9204228075.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 187 5/3/2007 12:34:07

a quem é parte no conflito avilta o princípio, conceder ao juiz poder que lhe macule a parcialidade também conduz ao mesmo resultado. Por isso a requisição de instauração de inquérito policial pela autoridade judicial, prevista no artigo 5º, II, do Código de Processo penal, não se amolda à idéia do juiz natural, uma vez que pressupõe uma posição prévia do magistrado sobre a necessidade da investigação a partir da identificação da existência de materialidade de crime e de indícios de autoria.

Talvez a mais problemática vertente do juiz natural seja a relacionada à garantia da autoridade competente para o processamento e julgamento da causa. O primeiro aspecto que devemos enfrentar é o relativo ao tipo de norma pode prever a regra de competência. Hodiernamente é na Constituição que radicam as normas mais relevantes sobre a definição de competências. O poder constituinte originário, que se renova toda vez que a sociedade decide fundar novas regras basilares, pode alterar toda a conformação judiciária precedente, criar novos órgãos, limitar ou ampliar competências, estabelecer prerrogativas de foro, criar novas especializações, sendo sua eficácia imediata condicionada à regra de transição prevista no próprio texto constitucional. Na verdade, criam-se novos estatutos sobre quem serão os juízes naturais. Nesse sentido, a Constituição de 1988, por exemplo, criou o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, extinguiu o Tribunal Federal de Recursos e limitou a competência do Supremo Tribunal Federal.

Havendo a expressa garantia do juiz natural na Constituição, o poder constituinte reformador está apto a alterar essas regras de competência? A resposta é positiva, porque esse tipo de emenda constitucional não desrespeita a idéia do juiz natural, apenas altera a regra pré-existente. Pontes de Miranda já afirmava que o princípio do juiz natural não impede a alteração da regra de competência[61]. O que está vedado ao poder constituinte reformador é estabelecer regras que alberguem critérios de fixação de competência de índole casuística, que configurem privilégios pessoais ou que quebrem a imparcialidade do Poder Judiciário.

Em nossa eterna sede de revisão constitucional tivemos a emenda constitucional nº 3, de 1993, a qual criou a ação declaratória de constitucionalidade que prevê o efeito vinculante da decisão de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal[62].

61. *Comentários à CF de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 4, pg. 397.
62. Art. 102, § 2º- "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 188 5/3/2007 12:34:07

O fato de se limitar a apreciação da questão da constitucionalidade aos demais juízes não configura afronta ao princípio, porque é o Supremo o juiz natural para a matéria constitucional, segundo regras pré-estabelecidas. No mesmo sentido, não vislumbramos ofensa ao princípio na lei nº 9868, de 10 de Novembro de 1999, que atribuiu efeito vinculante também às decisões da Suprema Corte que declarem, observado o quorum adequado, no controle abstrato da constitucionalidade das normas, a inconstitucionalidade de ato normativo[63]. Aliás nos termos da Constituição vigente todos os processos de controle de constitucionalidade abstratos ensejam decisões de mérito vinculantes.[64]

Existe em curso debate sobre a compatibilidade da emenda constitucional nº 45, no que se convencionou chamar de "Reforma do Judiciário", com a garantia do juiz natural, especialmente em relação à súmula vinculante das decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal[65] e ao incidente de deslocamento de competência para julgamento de graves violações de direitos humanos para a Justiça Federal[66].

Sem entrar no mérito da oportunidade da adoção de tais mecanismos processuais, não os reputamos, em si mesmos, lesivos aos fundamentos do princípio do juiz natural. A emenda constitucional pode determinar que os órgãos superiores

63. Artigo 28, Parágrafo único: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
64. Art. 102 § 2º da CF. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
65. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."
66. Art. 109 inciso VA- as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo. § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 189 5/3/2007 12:34:08

tenham competência para emitir enunciados, a partir de julgamento de determinados casos concretos, que respeitando-se alguns requisitos, vinculem decisões administrativas e judiciais que versem sobre os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos. A norma está elegendo, nesse caso, um juiz natural para enunciar súmulas vinculantes, e não afastando o juiz natural da causa, que, terá contudo, que observar o enunciado da súmula se o conflito a ele submetido se resolver com a sua aplicação. Como se sabe, mais do que limitar a atuação do juiz de primeiro grau o objetivo da súmula vinculante é assegurar que a Administração Pública se submeta às decisões dos órgãos superiores, de modo a que todos os administrados tenham o mesmo tratamento jurídico. Como os mecanismos de revisão e de cancelamento da súmula serão previstos em lei, presumivelmente submetidos a critérios gerais e impessoais, pode o mecanismo contribuir para mitigar os efeitos deletérios da divergência jurisprudencial em casos idênticos. Passado mais de um ano desta mudança constitucional a Suprema Corte ainda não editou nenhuma súmula vinculante, a demonstrar que o instituto será utilizado com parcimônia e não vai impedir o exercício pleno dos poderes jurisdicionais dos demais integrantes do Judiciário.

No caso da possibilidade do deslocamento do julgamento de crimes lesivos aos direitos humanos, também resta intacto o juiz natural, porque o que a norma justamente objetiva é criar novo critério de alteração de competência, a partir de padrões gerais e impessoais. Ainda que sempre haja uma certa dose de subjetividade na interpretação desses critérios consideramos que não há, propriamente, a criação de um tribunal de exceção ou a violação da regra do juiz competente. No incidente de deslocamento de competência nº 01, proposto no caso da morte da missionária Dorothy Stang no Pará o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha sido taxativo admitiu a compatibilidade do instituto com o princípio do juiz natural ao compreender que: "O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente."[67]

67. Incidente de Deslocamento de Compet~encia 2005/0029378-4. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 3ª Seção. DJU 10.10.2005, p. 217.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 190 5/3/2007 12:34:08

Em todos as situações ora examinadas, objeto de proposta de reforma constitucional, pode se discordar dos cânones eleitos para a fixação de novos juízes naturais, mas não se pode considerar que os mesmos encerram em si prejuízo à idéia de juiz natural.

De qualquer sorte, é na Constituição, "estatuto jurídico do político"[68], que reside o foro próprio para se eleger os critérios de definição do juiz natural. Assim, é de meridiana clareza que alterações das regras de competência previstas na Constituição não podem ser veiculadas pela lei ordinária, motivo pelo qual consideramos que a nova redação dada pela lei 10628/2002 ao artigo 84 do Código de Processo Penal[69] afronta o princípio aqui estudado, ao estender a prerrogativa de foro penal à ação de improbidade e a ex-exercentes de cargos públicos, dispondo diferentemente do previsto na Constituição[70].

Na mesma esteira, não se admite que Constituição estadual crie foros especiais sem correspondência com a Constituição Federal.[71] Sob outro ângulo, as decisões do Supremo que consideram que a Constituição prevê a regra do juiz competente de forma implícita também não violam o princípio do juiz natural, porque não ampliam a regra constitucionalmente prevista, apenas a interpretam extensivamente. Podemos citar, por exemplo, o reconhecimento da competência dos tribunais para julgar Habeas corpus quando a autoridade coatora for membro do Ministério Público[72], e a competência do Tribunal Regional Federal para julgar prefeitos por crimes de competência da justiça federal[73]. Um precedente interessante foi o reconhecimento da competência do Supremo para o julgamento de ação popular que questionava a nomeação dos desembargadores do Tribunal de Roraima, uma vez que os juízes de primeiro grau do Estado ainda não gozavam de vitaliciedade, não possuindo as garantias de imparcialidade[74].

---

68. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
69. Artigo 84 §1º- "A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2ºA ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8429, de 2 de Junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º".
70. O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, em 15.9.2005, no julgamento das ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24.12.2002, que acresceu os § 1º e § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal.
71. TRF/1ªR – 4ª Turma – HC 01000151775, Rel. Des. Mário César Ribeiro, j. 18.6.2002, DJU 16.6.2002, p. 19; TRF/4ªR – 4ª Seção – QUO. 174, Rel. Juiz Volkmer de Castilho, j. 17.12.2001, p. 235. STF
72. STF, HC 81258/RJ, Relator Min. Carlos Velloso, 2ª Turma DJU 1/03/2002, pg. 00031.
73. HC 74788/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12/09/97, pg. 43714.
74. RCL 417-RR, julg. Em 11/03/1993, Tribunal Pleno, v.u. Rel. Carlos Velloso, DJU de 16/04/93, p. 6430.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 191 5/3/2007 12:34:08

Uma outra questão importante na definição do juiz natural é a que indaga se a regra de competência só pode ser veiculada pela lei ou se os regulamentos, sobretudo, dos tribunais podem também apresentar critérios que auxiliem na fixação da competência. Neste caso, entendemos que se aplica a regra geral do nosso direito que impede regulamento que inove no ordenamento jurídico. Assim, é a lei que deve, de forma inaugural, fixar os critérios de competência, mas nada impede que os tribunais, no exercício de seu poder constitucional de auto-organização[75], possam regulamentar tais matérias. Assim, tendo a Constituição definido que o tribunal é o foro de julgamento de crimes contra Prefeito, a Corte respectiva pode eleger qual é o órgão competente, se Câmara, Turma, ou Órgão Especial, para o julgamento desses feitos.[76]

No mesmo sentido, tem se considerado válidos os atos normativos dos tribunais referentes à criação e à divisão de comarcas, como os que importam especialização de varas, inclusive com abrangência territorial além de uma comarca ou de uma seção judiciária, como no caso de vara agrária[77] e na vara especializada em crime de lavagem e contra o sistema financeiro nacional[78]. Nesses casos, a lei prevê possibilidade de especialização que é concretizada por norma do tribunal. Além do mais, as regras de distribuição previstas nos Tribunais têm absoluta relevância na fixação do juiz natural[79]. À evidência que normas regulamentares não podem criar parâmetros de competência não previstos em lei, mas exercem um importante papel na identificação do juiz natural.

Alguns doutrinadores defendem que o princípio do juiz natural pressupõe a anterioridade da norma em relação ao fato a ser julgado, quase sempre pensando na competência criminal. Estabelecem, assim, um liame entre irretroatividade da norma penal e princípio do juiz natural[80]. Todavia, na prática de nosso direito tal correlação não vige de forma absoluta. A norma de competência deve ser a do momento em que se inicia a ação penal, nem sempre aquela relacionada à data do fato. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem considerado que as investigações em curso podem ser submetidas a novo juízo, quer seja caso de alteração de competência territorial ou material[81].

---

75. Vide artigo 96 da CF.
76. STF- AI 177313-MG, julg. Em 23/04/1996, 1ª Turma, v.u. Rel. Celso de Mello, RTJ 160/1056.
77. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, TRF 1ª Região, IUJAGR 0100001058, Processo 199701000010584/BA, 2ª Seção, decisão de 10/04/2002, DJ de 22/04/2002, pág. 20.
78. TRF/4ªR – 7ª Turma – RSE. 4527, Rel. Juiz José Luiz B. Germano da Silva, j. 4.11.2003, DJU 12.11.2003, p. 600);TRF/4ªR – 8ª Turma – HC 4522, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, j. 8.10.2003, DJU 15.10.2003, p. 991.
79. STJ – 5ª Turma – RHC 13158, Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 6.3.2003, DJU 7.4.2003, p. 297.
80. Nesse sentido Luiz Flávio Gomes. *Apontamentos sobre o princípio do juiz natural*. RT 83-maio de 1994-vol. 703 417/422
81. RHC 58468-DF (DJU de 12.12.80) e HC 71810-DF (DJU de 25.11.94). RHC 83009-RJ rel. Min. Maurício Corrêa, 21.5.2003. Informativo STF, nº 309 19 a 23 de Maio de 2003

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 192 5/3/2007 12:34:08

Como já afirmamos, o princípio do juiz natural não impede a alteração da regra de competência, seja prevista na Constituição seja prevista na lei, desde que se adote o procedimento legislativo adequado. E como sói acontecer no direito processual, sua eficácia é imediata para as novas ações. Quando a alteração incidir sobre competência estabelecida em função de critério material, mesmo as ações anteriormente propostas são redistribuídas para o novo juízo.[82] Como a mudança legislativa que revê a competência material objetiva atender ao interesse público, não se aplica na hipótese a regra da perpetuação da jurisdição[83], que preconiza que depois de estabilizada a relação jurídica processual as inovações posteriores não provocam alteração de competência. Tal norma, inclusive, é estabelecida em nome do princípio do juiz natural[84].

A perpetuação da jurisdição só ocorre quando se trata de alteração de regra de competência territorial, sendo aplicável por analogia também no processo penal[85]. É que no direito brasileiro não existe a dimensão de que o juiz natural, na esfera criminal, deve se identificar sempre com o juiz do lugar da consumação do crime, embora ordinariamente o local do fato seja critério para a identificação do juízo natural nas ações criminais[86]. A própria norma processual penal admite, em casos específicos, o desaforamento do julgamento do crime[87], o que não viola o princípio do juiz natural.

Aliás, é plenamente compatível com a amplitude contemporânea do princípio admitir-se que a lei flexibilize algumas regras de competência, sobretudo as relacionadas a critérios que interessam mais às partes, como ocorre com a competência relativa da jurisdição civil. Assim, não é violação ao princípio do

82. Como foi decidido no caso da lei 9299/96 que deixou de considerar algumas condutas crimes penais militares STF HC 74720/SP Rel. Min. Néri da Silveira DJU 30/06/2000.Pp.00040
83. Artigo 87 do CPC- "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia".
84. No sentido de que a "perpetuatio jurisdictionis" é derivada da Constituição quando esta consagra o princípio do Juiz Natural vide TRF/1ªR – 4ª Turma – RCCR 01269177, Rel. Juíza Eliana Calmon, j. 26.8.1996, DJU 7.10.1996, p. 74979.No mesmo sentido: TRF/1ªR, CC 01004891.
85. TRF/2ªR – 5ª Turma – CC. 3285, Rel. Juíza Tanira Vargas, j. 26.4.2000, DJU 3.8.2000. TRF/3ªR – 1ª Seção – CC. 4641, Rel. Juiz Nelton dos Santos, j. 3.12.2003, DJU 15.1.2004, p. 110.
86. TRF/1ªR – 3ª Turma – HC 01000079358, Rel. Des. Plauto Ribeiro, j. 23/04/2003, DJU 09/05/2003, p.139.
87. Artigo 424 do CPP- " Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal de Apelação, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do juiz, e ouvido sempre o procurador-geral, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio". Pela constitucionalidade do desaforamento: STF-HC 82578/AM, rel. Min. Maurício Corrêa, jul. 17-12-2002, 2ª Turma, DJU 21-03-2003

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 193 5/3/2007 12:34:08

juiz natural a alteração da regra de competência em virtude de conexão, de continência, de prevenção ou, no caso, de prorrogação de competência pela ausência de impugnação da parte contrária. No mesmo diapasão, em certas situações prorroga-se uma competência específica sem comprometer o juiz natural, como ocorre na possibilidade de indicação de um dos juízes envolvidos em conflito de competência para apreciar os pedidos urgentes[88]. Consideramos também que o desmembramento de ações não viola o juiz natural se não há nova distribuição da ação desmembrada[89].

Os destinatários do princípio em foco são o Estado, que em todas as suas atividades típicas deve respeitar a regra do juiz natural, e as partes, que não podem eleger o juiz que lhes convém. Por representar possibilidade de escolha de juiz a jurisprudência tem vedado reiteradamente a formação do litisconsórcio posterior à concessão de medida liminar[90], ou, até mesmo, após a distribuição de feitos cujo rito admite concessão de liminar[91]. Pela mesma lógica as Cortes têm fixado a prevenção do juiz a quem primeiro for distribuída a ação, quando ocorre a distribuição de idênticas petições iniciais, ainda que tenha havido desistência do primeiro feito[92].

De qualquer maneira, tal vinculação não impede que a parte possa, nos casos admitidos em lei, se valer, nas hipóteses por lei autorizadas, da arbitragem[93] ou da eleição de foro.

---

88. Artigo 120 do CPC: "Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes".
89. TRF/1ªR – 5ª Turma – AG. 01000093721, Rel. Des. Fagundes de Deus, j. 12.02.2002, DJU 3.2.2003, p. 270; TRF/2ªR – 4ª Turma – HC 2597, Rel. Juiz Benedito Gonçalves, j. 19.2.2002, DJU 9.4.2002, p. 753.
90. STJ 1ª Turma AGA. 420980, Rel. Francisco Falcão, j. 20.6.2002, DJU 16.9.2002, p. 156; TRF/3ªR – 3ª Turma – AG. 164428, Rel. Juiz Nery Júnior, j. 13.8.2003, DJU 1.10.2003, p. 218.
91. TRF/1ªR – 3ª Turma – Ag. 01000033191, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, j. 6.11.2001, DJU 21.3.2003, p. 44; TRF/1ªR – 2ª Turma Suplementar - AG. 01000082255 – Rel. Juiz Moacir Ferreira Ramos, j. 15.10.2003, DJU 6.11.2003, p. 81; TRF/2ªR – 2ª Turma – AG. 83103, Rel. Juiz Antônio Cruz Netto, j. 24.9.2003, DJU 15.10.2003, p. 59. No mesmo sentido: TRF/2ªR, AC. 295733; TRF/2ªR, AC. 323456; TRF/2ªR, AC. 321245; TRF/2ªR, AGV. 83725; TRF/2ªR, AC. 281704; TRF/2ªR, AG. 77873; TRF/2ªR, AG. 83105; TRF/2ªR, EDAG 26630; TRF/2ªR, AG. 30824; TRF/2ªR, AC. 72357; TRF/2ªR, AG. 45975; TRF/2ªR, AG. 67458; TRF/2ªR, AG. 57209; TRF/2ªR, AG. 26630; TRF/2ªR, AG. 48316; TRF/2ªR, AG. 60214; TRF/2ªR, AG. 29905; TRF/2ªR, AC. 170469; TRF/2ªR, AG. 35678; TRF/2ªR, MS 6976; TRF/2ªR, AG. 35005. TRF/3ªR – 3ª Turma – AG. 164428, Rel. Juiz Nery Júnior, j. 13.8.2003, DJU 1.10.2003, p. 218.
92. TRF/1ªR – 4ª Turma – AC. 01000621979, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, j. 16.6.2000, DJU 25.8.2000, p. 262. TRF/1ªR – 1ª Turma – AG. 01000059358, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, j. 14.12.1999, DJU 22.5.2000, p. 236. TRF/2ªR – 2ª Turma – CC. 5833, Rel. Juiz Sérgio Feltrin Corrêa, j. 14.5.2003, DJU 10.6.2003, p. 289.
93. Nesse sentido decisão majoritária do Plenário do STF no Agr na SE 5206, Relator Maurício Correa, julg. Em 12/12/2001, DJU de 30/04/2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 194 5/3/2007 12:34:09

Havendo descumprimento do princípio do juiz natural, a doutrina brasileira se divide entre os que reconhecem a inexistência do ato processual e os que o consideram causa de nulidade absoluta. Como é cediço, o ato inexistente tem como traço distintivo a ausência de geração de qualquer efeito na esfera jurídica, o que torna despicienda a declaração formal da inexistência. Todavia, tais características não estão presentes quando se trata de ato processual. Assim, a jurisprudência reconhece a nulidade do ato processual proferido em violação ao princípio do juiz natural, limitando-se a decretar a nulidade dos atos decisórios[94]. Os demais atos de condução do processo podem ser aproveitados pelo juiz natural, sem que se afronte o preceito constitucional de que o juiz natural também é o que processa o feito, disposição existente em nosso sistema desde a Constituição de 1934, uma vez que ele se harmoniza com o princípio da economia processual, corolário do acesso à justiça e a um processo sem indevidas dilações, hoje reconhecido como direito fundamental com a nova redação do artigo 5º da Constituição.

A alegação da violação ao princípio pode se dar através de vários mecanismos processuais, a depender da situação concreta, como as ações que ensejam controle de constitucionalidade das normas, os recursos processuais e as ações autônomas de impugnação como o mandado de segurança, o habeas corpus[95], a ação rescisória e a revisão criminal. Em tempos democráticos, quando não se ensaia a tentativa de se constituir juízos casuísticos e extraordinários, o princípio do juiz natural cumpre a nobre função de salvaguardar a plena imparcialidade do juiz, bem como de garantir que a autoridade judicial competente seja reconhecível a partir de regras genéricas concebidas para dar o mesmo tratamento para os que estejam nas mesmas condições. Desse modo, o juiz natural integra o cabedal de direitos de todo cidadão, e as modulações do princípio nunca podem perder de vista a essência dessa idéia, que constitui, segundo Karl Larenz[96], uma importante diretriz de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda justo.

---

94. TRF/2ªR – 5² Turma – AC. 323088, Rel. Juíza Vera Lúcia Lima, j. 11.11.2003, DJU 24.11.2003, p. 212. Atos processuais praticados por juízo incompetente e, posteriormente, ratificados pelo competente não ferem o p. do Juiz Natural (TRF/3ªR – 1ª Turma – HC 14241, Rel. Juiz Ferreira da Rocha, j. 30.9.2003, DJU 24.10.2003, p. 297) No mesmo sentido: TRF/3ªR, ACR 12015; TRF/3ªR, RVCR. 372; TRF/3ªR, ACR. 10896. Só Ato decisório emanado de juízo incompetente é nulo por ofensa ao p. do Juiz Natural (TRF/3ªR – 5ª Turma – ACR 10591, Rel. Juíza Ramza Tartuce, j. 17.12.2002, DJU 18.2.2003, p. 619) No mesmo sentido: TRF/3ªR, MS 227231; TRF/3ªR, ACR. 10896; TRF/3ªR, ACR. Proc. Orig. 98030124072/SP,
95. STJ – 6ª Turma – RHC 12641, Rel. Paulo Medina, j. 7.8.2003, DJU 15.9.2003, p. 401
96. LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 1993.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 195 5/3/2007 12:34:09

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉ, Bruno Affonso (coordenador) *Decisões administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo* 1982/1983. São Paulo: 1983, nº 82.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do processo*. SP; Malheiros, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. SP: Saraiva, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. Juiz natural: comentários sobre a aplicação do princípio em face do parcial deslocamento da competência da justiça militar estadual para a justiça comum (lei 9299/96).*Revista dos Tribunais*- Novembro de 1997.p. 441-449.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.* RJ: Renovar, 1993.

BOLQUE, Fernando César As decisões da corregedoria e o princípio do juiz natural: uma análise crítica ao art. 269 da Lei orgânica estadual do Ministério Público. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público.* Ano V. nº 38 jun-jul-ago/2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual civil*. Vol. I Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998

CASTRO ARAÚJO. *A Constituição de 1937*. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 2003.

COSTA, José Rubens. Princípio do juiz natural *Jurisprudência mineira*. Belo Horizonte, nº 164, abr. a jun. 2003. 45/47.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* 1999 nº 28.

CREDIDIO, Georgius Luís Argentini Príncipe. A emenda nº 20/98 à Constituição da República e o princípio do juiz natural. *Revista Gênesis*. Curitiba número 75, p.353357 Março 1999.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 196 5/3/2007 12:34:09

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. SP: Saraiva, 1996.

DELGADO, José Augusto. A tutela do processo na Constituição de 1988. Princípios essenciais. *RF*: 305/54, jan/fev/mar. 1989.

FERNANDES, Antônio Scarance. Princípios e garantias processuais penais in *Os 10 anos da Constituição Federal*. Alexandre de Moraes (coordenador) SP: Atlas, 1999. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. GOMES, Luiz Flávio. Apontamentos sobre o princípio do juiz natural. *RT* 83-maio de 1994- vol. 703 417/422.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia in *O processo em sua unidade II*. RJ: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O procedimento sumário o princípio do juiz natural e a lei orgânica do MP. *Ajuris* 32, ano XI -1984, Novembro, Porto Alegre, 98/107.

HESPANHA, Antônio Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993. Coordenador Antonio Hespanha.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HEYDE, Wolfgang. La jurisdición. In BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE E HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración publica Marcial Pons, ediciones juridicas e sociales 1996.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. SP: Revista dos Tribunais, 2002. LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 1993. LEMOS, Renato. *Justiça Fardada: o General Peri Bevilaqua no Superior Tribunal Militar (1965-1969*)- RJ: Bom Texto, 2004; MACIEL, Adhemar Ferreira. Avocatória: violação do "juiz natural" ou uma exigência de nossos tempos? In *As garantias do cidadão na justiça*. SP: Saraiva, 1993.

MARQUES, José Frederico. Juiz natural. Verbete de *Enciclopédia Saraiva*. 444/450. MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à CF de 1946*, SP: Max Limonad, 1953, v.4. MOREIRA, Marcelo Silva. Litisconsórcio ativo superveniente e o princípio do juiz natural. Eleição do juiz depois de concedida a liminar em

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 197 5/3/2007 12:34:09

ms viola o juiz natural. *Informativo jurídico Consulex*. Ano XIV nº 51 Brasília, 18/12/2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. SP: RT, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. SP: Saraiva, 1997.

PIZZORUSSO, Alessandro. Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale. *Rivista trim. Di dir. e proc. Civ.*-1974- Milano. Dott. A. Giuyffrè ditore. P.1-a 17.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.*Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ROMBOLI, Roberto. Teori e prassi del principio di preconstituzione del giudice. *Giurispudenza costituzionale*. Anno XXXVII-1992- Luglio –Agosto- Fasc. 4 Casa Editrice Dott. Antonino Giuffrè- Milano..3244/3285.

SCHAWB, Karl Heinz. *Divisão de funções e o juiz natural*. Trad. Nelson Nery Junior, Repro 48/124.

SILVA, Carlos Augusto. O princípio do juiz natural.. *Revista da Ajuris*. Ano xxx- nº 89 Março de 2003.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVEIRA, Michele Costa. Reflexões acerca do princípio do juiz natural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* volume 18-2000 Coleção acadêmica de direito volume 19- Editora Síntese 199/213.

STASIAK, Vladimir. O princípio do juiz natural e suas implicações no processo penal brasileiro. *RT* ano 89. volume 776. junho de 200. 453- 468

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. SP: Saraiva, 2002. TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. SP: Saraiva, 1993.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Bases estruturais do processo civil moderno (comparação jurídica) in *Processo civil*. *Evolução 10 anos de vigência*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. SP: Saraiva, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder judiciário. Crises, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares, RT,1995.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 198 5/3/2007 12:34:09

Capítulo X
As premissas do poder constitucional. Um novo constitucionalismo

*Juventino de Castro Aguado**
*Olga Apda. Campos Machado Silva***

Sumário • 1. Introdução. 2. O Poder Constituinte Originário e seus limites. 3. Soberania dos Estados – Um conceito em evolução. 4. Limites ao Poder Constituinte. 5. O Poder Constituinte e o Direito Internacional. 6. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e os limites ao Poder Constitucional. 7. Limites à competência reformadora. 8. O Poder Constituinte Originário e seu titular. 9. Outras situações de alteração constitucional. 10. As nossas conclusões. 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

"Há um claro esvaziamento do conteúdo normativo da Constituição, há descrença na eficácia jurídica de suas normas... e, sobretudo, nas possibilidades de concretização prática de preceitos constitucionais por vezes muito além da realidade social do Estado..."[1]

Existe um sentimento de desconfiança contra o poder, que acaba traduzindo-se em descrédito quanto à efetividade das normas jurídicas como um todo. Particularmente, no que se refere à Constituição, suas normas organizativas da estrutura do Estado, as normas definidoras de direitos e as normas programáticas, apontando determinados fins sociais a serem alcançados, todas elas, por se tratar de normas e princípios (estes já vistos e considerados como normas) vagos, indefinidos e, até, abstratos, a sua natureza jurídica é vista como de aplicabilidade duvidosa e muito freqüentemente impossível.

Isto porque o Estado não tem instrumentos materiais e/ou formais ou mesmo porque não há uma "justificada" vontade política para tal.

A insistente desconexão entre os poderes do Estado e as exigências da sociedade civil, têm levado ao descrédito não somente a figura política e jurídica do Estado, mas também o Poder Constitucional e suas premissas e fundamentos.

---

* Docente do Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.
** Procuradora Federal, Mestre em Direito – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

1. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais e o Controle do Estado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.11.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 199 5/3/2007 12:34:10

O conceito jurídico de Constituição, como lei ou conjunto de leis, não está em situação de prestígio muito além do anterior conceito político que determina os poderes e limites da ação do Estado.

Esta problemática vai levar-nos à análise da busca dos fundamentos e das premissas do Poder Constitucional que permitam a este a razoabilidade e a racionalidade suficiente para dar, tanto à Constituição, quanto ao Estado, o *status* de prestígio social que eles deveriam ter e deveriam merecer.

Não se pode pensar o Direito se não como um fenômeno social no qual, em conseqüência, a ciência jurídica é assumida como ciência dos problemas reais, práticos, voltada para resultados concretos e não para sistematizações conceituais[2].

De outro lado, há uma crônica falta de efetividade das normas constitucionais no Direito brasileiro pela falta de sintonia entre a realidade normativa e o contexto social. Estes "desajustes se têm revelado de forma drástica e insuperável na realização objetiva do desiderato constitucional. Em alguma extensão se poderia atribuir tal fato à eventual incapacidade de apreensão adequada da realidade social, para uma correta moldagem de sua feição normativa fundamental"[3].

Ferdinand Lassalle ao tentar responder à questão: "Em que consiste a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição", se reporta à investigação dos aspectos relativos aos "fatores reais do poder" e sem desprezar o próprio conceito no sentido de que "a Constituição é a lei fundamental proclamada no país na qual se lançam os cimentos para a organização do direito público desta nação"[4], deixa muito claro que o Poder Constitucional tem a sua retaguarda nesses fatores. Estes estão caracterizados nas diferentes instituições políticas, sociais e econômicas de uma determinada sociedade, situada num determinado tempo.

A Constituição Jurídica de um Estado, e o Poder que ela envolve, está condicionada historicamente pela realidade do seu tempo. Mas há um paradoxo, há um contraponto a este Poder Constitucional que tem se consubstanciado na perda da força normativa da Constituição.

---

2. CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad.* Trad. Santiago Santís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa- América, 1974. p.IX.
3. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira.* 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.8
4. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura jurídica – Ed. Líder, 2004. p.37.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 200 5/3/2007 12:34:10

Ao mesmo tempo que o constitucionalismo é visto como doutrina jurídico política moderna, posto que "o advento da época moderna tem como corolário no plano jurídico político a doutrina constitucional"[5], o Constitucionalismo que se constrói é mais social do que político e, também, menos jurídico.

O pluralismo social e a criação de ordens jurídicas supranacionais, tornam o Poder Constitucional "um anacronismo", a força normativa da Constituição cede ante a "normalidade social"[6].

A evolução político-social permite estimular uma pluralidade de opções políticas, com a possibilidade de vários jogos políticos, um campo mais largo para as lutas sociais, onde a figura do Estado nem sempre desempenha o papel principal, e no campo econômico, financeiro e comercial ele está mais ausente do que presente. Conseqüência de um processo que ultrapassa todas as fronteiras.

Este quadro, que caminha com muita rapidez, atropelando todos os obstáculos, vai abrir caminho para uma normatividade que ultrapassa as fronteiras nacionais e, às vezes, submete o Poder Constitucional a poderes maiores, referimo-nos a um Direito Internacional, hoje em franca progressão.

O Direito Internacional impõe limites ao Poder Constitucional, pois se faz eco da mundialização de relações, processos e estruturas. Este Direito se amplia na mesma proporção em que se expandem os valores e os interesses pelo mundo afora e se fazem valer na mesma medida em que o conjunto das nações, a maior parte das nações, a comunidade internacional como um todo, se compromete com problemas e questões comuns que exigem soluções também comuns.

O desenvolvimento de um sem-número de Instituições Internacionais das mais diferentes características e a integração a elas de um número cada vez maior de Nações e Estados, tem exigido do Direito Internacional uma especial atenção para regular estas relações todas perseguindo, quem sabe (!) a *pax perpetua* idealizada por Kant mais de dois séculos atrás.

Portanto, o estudo a ser realizado tem como uma das metas buscar uma visão geral do Poder Constituinte como fundamento, retaguarda e premissa do Poder Constitucional. Pode-se verificar que a doutrina enumera como características do Poder Constituinte Originário a inicialidade, a autonomia e a

5. PARDO, David Wilson de Abreu. *Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente:Modernidade, Pós Modernidade e Novos Conceitos. In:* DOBROWOLSKI, Silvio. Org. *A Constituição no Mundo Globalizado.* Florianópolis: Ed. Diploma legal, 2000, p. 253.
6. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p.78.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 201 5/3/2007 12:34:10

incondicionalidade.[7] Já no tocante à Competência Reformadora – também conhecida por Poder Constituinte Derivado ou Constituído - a limitação jurídica é hoje uma característica inquestionável, decorrente mesmo do fato de ser ela derivada de um Poder maior que lhe fixa diversas regras.

A característica autônoma do Poder Constituinte atribui-lhe uma desvinculação para a sua atividade, de forma a não encontrar nenhum limite superior e não verificar nenhuma linha mestra a ser seguida. Por isso salientava Sieyès que o Poder Constituinte "pode tudo".

Porém, este estudo será dirigido de forma a estabelecer um enfoque zetético[8] do assunto, procurando quebrar, portanto, este dogma de que o Poder Constituinte Originário não encontra limites para estabelecer a Ordem Jurídica Positiva, e, como conseqüência, também o Poder Constitucional, que dele se origina, encontra limites e obstáculos à sua implementação

Após conhecer eventuais limites existentes para o Poder Constituinte Originário, a nossa preocupação passará a examinar a Competência Reformadora, como Poder instituído pelo Poder Constituinte Originário.

Examinar estes contextos onde se desenvolve hoje o Poder Constitucional, bem como, identificar os fundamentos e as premissas deste Poder, é o que nos propomos a fazer neste trabalho de investigação.

O Poder Constituinte Originário e seus limites será o ponto de referência primeiro e fundamental

2. O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SEUS LIMITES

A questão importante que se coloca neste ponto é saber quais são os limites do Poder Constituinte Originário.

---

7. Para SOUSA, Leomar Barros Amorim. *Os Direitos Humanos como Limitações ao Poder Constituinte.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ª 28, n. 110, abr/jun 1991, p. 79: "Somente por força de expressão conceitual se pode chamar o poder criador de uma Constituição de incondicionado, livre de quaisquer limitações ou condicionamentos. Os limites existem, a começar da meta a alcançar, do fim colimado pela Assembléia que se agrupa para elaborar a Constituição. As conquistas sociais, os DIREITOS HUMANOS, a internacionalização dos direitos do homem, a experiência jurídica, a interpretação da Constituição (os juízes irão exprimir-lhe o alcance) são pontos de referência que se podem analisar como marcos a fincar lindes na atuação do poder Constituinte".
8. Enfoque zetético é aquele que não parte de premissas fixadas, que desintegra dogmas, pondo-os em dúvida. Sobre o assunto vide FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 2001.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 202 5/3/2007 12:34:10

Para responder a esta questão, necessário se faz retomar teorias definidoras do Direito.

Levando em conta a doutrina positivista[9], para ela, o Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, uma vez que não há nenhum Direito anterior à criação da Constituição[10]. Esta nasce por obra do Poder Constituinte, não havendo nenhuma norma anterior no campo constitucional para ser invocada. Não havendo uma causa anterior, o Poder Constituinte é a causa, é onipotente.[11]

A doutrina positivista admite porém, limites metajurídicos. Entretanto, justamente pelo fato desta doutrina expurgar da ciência do Direito qualquer elemento estranho à normatividade como tal, o estudo desses limites metajurídicos não lhe interessam, podendo constituir questões importantes para outras ciências, tais como a Sociologia e a Política; alguns destes aspectos serão melhor examinados mais adiante.

Porém, como a presente proposta segue outra linha de pensamento, diferente do positivismo jurídico, qual seja, a linha de pensamento que admite a existência de direitos anteriores à existência do Estado, os chamados Direitos Naturais, a análise acerca da existência de eventuais limites ao Poder Constituinte é importante.

É com razão que J.J.Gomes Canotilho ministra que:

> ... o poder constituinte, embora se afirme como originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele 'não parte do nada' e, por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais poderemos aferir a bondade ou maldade intrínseca de uma constituição.[12]

---

9. Para esta doutrina o direito se reduz à norma jurídica. cf.. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito.* São Paulo: ed Atlas, 1980. p. 30 e ss.
10. Importante esclarecer, neste passo, o fenômeno da recepção. Pela recepção a Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores e que sejam com ela compatíveis. Havendo compatibilidade entre as normas infra-constitucionais com a nova Constituição, o fenômeno da recepção fará com que aquelas normas retirem o seu fundamento de validade na nova Constituição. Esta técnica se justifica porque seria praticamente impossível legislar sobre todas as matérias necessárias a partir de um novo texto constitucional e possibilita que se dê continuidade nas relações sociais. Por outro lado, para as normas infra-constitucionais incompatíveis com a nova Constituição, ocorre o fenômeno da perda de eficácia. Sobre o assunto leia-se TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Ed., 1988, p. 38-39.
11. Salienta BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao poder constituinte originário.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, n. 42, jan-mar/2003, p.134: "A perspectiva que despe o Poder Constituinte Originário de quaisquer limitações tem natureza positivista: eis um poder de fato, uma força social. Os matizes jusnaturalistas, contudo, garantem a existência de valores anteriores e superiores, tais como a liberdade e a dignidade, os quais limitam a vontade nacional, soberania do povo. Observa-se que tudo dependerá da tendência adotada à avaliação da natureza jurídica do Po der Constituinte Originário."
12. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina. 1998. p. 60.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 203 5/3/2007 12:34:10

Embora o Poder Constituinte tenha como característica a inicialidade, inaugurando uma ordem jurídica nova, novos parâmetros jurídicos caracterizados pelas normas e princípios Constitucionais, estes tidos já pela maior parte dos constitucionalistas como verdadeiras normas constitucionais, ele, o Poder Constituinte não se exerce num "vácuo histórico-cultural", conforme salienta com percuciência o estudioso citado. A história da humanidade, as experiências vividas pela sociedade que busca se reorganizar política e juridicamente, as conquistas de direitos realizadas ao longo de toda a trajetória da vida de um povo, os valores que foram sendo incorporados no seio da nação, não são deletados no momento em que o Poder Constituinte chama para si novamente a missão de reorganizar o Estado e estabelecer normas e princípios diretores do conjunto da estrutura jurídica e, por conseqüência, do comportamento dos indivíduos em sociedade.

Pelo contrário, é justamente porque a organização estatal que está vigendo não está correspondendo aos anseios da nação - seja porque não acompanhou as mudanças e os valores que foram sendo agregados pela sociedade, seja porque o modelo vigente não mais atinge os fins a que se propõe - é que o Poder Constituinte chama de volta a sua manifestação (Poder este que estava latente) para estabelecer uma nova organização que seja capaz de responder aos desejos e interesses da nação, aos valores por esta consolidados e que seja capaz de efetivar seus propósitos.

Toda sociedade traz uma concepção de valores, de justiça, uma idéia de direito, uma filosofia de vida, chamada de *consensus*, que quer dizer concordância. E o Poder Constituinte Originário se acha, indiscutivelmente, vinculado a esse *consensus*.[13]

Canotilho ainda acrescenta que:

> ...se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta "vontade de constituição" pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de

13. O Ministro do STF Carlos Mário da Silva Velloso assim declarou na palestra proferida no "X Congresso Brasileiro de Direito Tributário", em homenagem a Geraldo Ataliba, promovido pelo IDEPE, em São Paulo, em 26.10.96: "Se é verdade que o poder constituinte originário não está limitado por nenhuma norma de direito positivo, certo é que esse poder está limitado, entretanto, pela idéia de direito subjacente ao movimento revolucionário legítimo, que é seu veículo usual". VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, especialmente a dos Direitos Fundamentais, e a Reforma Tributária. In *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba,* MELO, Celso Antônio Bandeira de (organizador). São Paulo: Malheiros, p. 165.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 204 5/3/2007 12:34:11

> conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como "vontade do povo".
>
> Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intrajurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e omnipotência do poder constituinte.[14]

É neste sentido que o Poder Constituinte não pode descartar os valores e as experiências consolidadas pela sociedade. A não incorporação pelo Poder Constituinte, dos valores que já se encontram arraigados em uma nação, fará com que sua obra destoe da realidade, retirando-lhe a eficácia, afastando-se dos fatores reais de poder e dos fatos reais que dão sentido e cobertura às normas no seu poder imperativo. E a Constituição gerada não passará de folha de papel, como dizia Lassalle, o que detalharemos em páginas adiante

A idéia de se quebrar o dogma da desvinculação do Poder Constituinte não é nova. Informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho[15] que em 1958-1959, no curso de pós-graduação ministrado na Faculdade de Direito de Paris, Paul Bastid já advogava a existência de limites de fato e de direito ao Poder Constituinte.

É possível encontrar também uma breve referência a limites do Poder Constituinte Originário salientada por diversos outros autores.[16] A classificação mais comum utilizada pelos autores nacionais, diverge da classificação feita por autores estrangeiros[17], pois geralmente leva-se em consideração a existência de limites de fato e de direito. Porém, não se tem notícia de um estudo profundo, pelo

---

14. CANOTILHO, J.J.Gomes. Op. cit. p. 75.
15. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 76
16. Para FERRAZ, Anna Cândida da Cunha "a necessidade de acatar os 'valores naturais absolutos' de que a liberdade e dignidade do homem são os exemplos mais significativos e que, conforme o direito natural, são precedentes e superiores a toda Constituição. PACHECO, Cláudio lembra, e muito bem, que só teoricamente é possível falar em ilimitação absoluta do Poder Constituinte Originário. Na prática, ele é sempre limitado por órgãos e instituições preexistentes que deve respeitar, e pelas naturais restrições impostas pelas forças sociais aos mandatários que vão exercê-lo" Apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada.* São Paulo: Saraiva, 2002, p.17.
17. XIFRA, Heras, citado por BARACHO, José Alfredo de Oliveira, aponta três categorias de limites do Poder Constituinte*:* "Los absolutos, que suponen imposibilidades radicales por motivos extrajurídicos e incluso extrapolíticos (recuérdese como ejemplo el principio inglés segun el cual el Parlamento puede hacer todo menos cambiar el sexo de las personas o la imposibilidad de que un país democrático vote una ley declarándose comunista), los autónomos procedentes siempre de una autolimitación que no afecta para nada al genuino Poder Constituyente (verbigracia, las normas que prescriben que 'la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional´) y, finalmente, los limites heterónomos que proceden de una presión externa que há originado (sobre todo en los últimos tiempos) una grave minoración de la suprema facultad politica decisoria...". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit. p. 45.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 205 5/3/2007 12:34:11

menos por autores nacionais, acerca do assunto, muito embora diversos artigos têm sido publicados neste sentido.

3. SOBERANIA DOS ESTADOS – UM CONCEITO EM EVOLUÇÃO

O argumento utilizado pelos estudiosos que negam a existência de limites ao Poder Constituinte Originário é justamente porque este Poder é considerado, por eles, uma expressão da soberania nacional e esta é, por essência, ilimitada, ao menos na concepção clássica.

Realmente o conceito de soberania surgiu como um Poder incontrastável de mando, um Poder absoluto; soberania, sinônimo de Poder, pode mais quem mais soberano é, é tanto mais quanto maior Poder tiver.

O conceito de *summa potestas*[18] foi insculpido por Jean Bodin, (1530-1596) teórico que pertencia a um grupo de intelectuais franceses que pretendia estabelecer a paz na França, na tentativa de fundamentar o Poder para a monarquia francesa. Conforme salienta Quintão Soares,

> Bodin pregava que a razão natural do Estado consistia no reconhecimento da estrutura hierárquica a ser articulada entre os interesses dos súditos e os hegemônicos do monarca, pressupondo a necessidade de conservação da vida mediante a paz e alimentação dos governados, em detrimento da guerra. Apenas com a satisfação desses interesses, os homens poderiam dedicar-se, inicialmente, à história e a outras ciências humanas; depois, à astronomia e à astrologia, e no plano espiritual, à veneração e à glória divina.[19]

A soberania, em Bodin, era o Poder supremo, absoluto[20] sobre seus cidadãos e seus súditos. Era perpétuo, inalienável e imprescritível. Em seu desdobramento, pela soberania, os súditos não estavam de nenhuma forma sujeitos às ordens de outro Poder. O Poder supremo sobre os cidadãos e súditos era independente das leis positivas.

O conceito de soberania idealizado por Bodin não pressupunha e existência de uma comunidade internacional, de um direito que vinculasse os Estados entre

---

18. O Poder absoluto e perpétuo de uma República, representava a Soberania absoluta, conceito hoje em desuso, mas apropriado para a época.
19. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado:* o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89
20. Um esclarecimento é necessário: embora a soberania em Bodin fosse um Poder absoluto, no sentido de o monarca poder impor leis a todos em geral e a cada um em particular, não estando sujeito a essas mesmas leis, seu idealizador não lhe atribuía um caráter ilimitado, pois reconhecia que a soberania estava limitada nas leis divinas e naturais. Sobre o assunto, leia-se SALES, Carla Vanessa. *Retratos de soberania*: do Poder absoluto à "soberania globalizada". Revista da Faculdade de Direito de Olinda. V.5, n. 8, jan-dez/2001, p.309 a 343.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 206 5/3/2007 12:34:11

si, mas, ao mesmo tempo que a dimensão interna da Soberania negava outro Poder que colocasse em risco o maior e exclusivo Poder do monarca e do Estado, também na dimensão externa, internacional, negava-se o direito de ingerência nos assuntos internos às nações.

A teoria justificadora do Poder soberano de Bodin ainda situava-se num campo teológico, tese renegada na perspectiva contratualista desenvolvida a partir de Hobbes. Neste, a soberania absoluta, irresistível, ilimitada[21] estava assentada na pessoa do monarca, havendo uma personificação do Estado. Na teoria hobbessiana do Estado, este tinha como dever primeiro assegurar o próprio poder, longe de quaisquer limitações de caráter ético, político ou jurídico; o Estado se servia a si mesmo como "condição" de existência da própria sociedade.

O constitucionalismo clássico, a partir do Século XIX, ao despersonalizar a noção de Estado, afastou o conceito de soberania da pessoa do monarca.

Com uma visão desenvolvida no campo contratualista, mas um contratualismo mais flexível e mais justo que em Hobbes, Rousseau, por sua vez, trasladou a subjetividade da soberania do monarca e do Estado para o povo, cujo desenvolvimento teórico deu origem a novas teorias, a da soberania nacional, pela qual o Poder pertence à nação, distinta dos indivíduos que a compõem e a da soberania popular, que concebe a titularidade da soberania a todos os componentes do povo, possuindo, cada cidadão, uma parcela desta soberania.

Desde a primeira guerra mundial o conceito de soberania vem sendo reformulado, em virtude do estabelecimento de Tratados Internacionais, dentro do contexto de um Direito Internacional que começou a ser pensado a partir da 2ª metade do século XVI com o *Jus Gentium* de Francisco de Vitória. Estes Tratados passaram a criar direitos e obrigações entre os Estados, através da criação de Organizações Internacionais tais como a SDN, OIT, posteriormente a ONU, a OEA[22], com poderes para impor suas decisões de forma coativa, apelando, se necessário, até mesmo para forças militares.[23] É claro que o poder coercitivo do

---

21. Em HOBBES, a soberania era ilimitada pois esta não concebia que o monarca sofresse limitações por leis naturais ou dividas. Neste sentido SALES, Carla Vanessa. Op. cit. p. 320. o Estado representava para HOBBES a realização de todos os anseios e necessidades para cada um dos indivíduos, isto trazia como conseqüência que o Estado tinha como função fundamental preservar o próprio poder sem limites éticos ou jurídicos.
22. Esta afirmação não é afastada pelo fato da Carta das Nações Unidas, assim como a Carta da Organização dos Estados Americanos terem preservado o conceito de soberania. A primeira estabelece no artigo 2º § 1º que "a organização internacional está baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros" e a Segunda estabelece no artigo 5º, b que "a ordem internacional está essencialmente constituída pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados".
23. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit. p. 152.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 207 5/3/2007 12:34:11

Direito Internacional é definitivamente inferior ao Direito Nacional, pois este possui à mão que aquele não tem

Após a Segunda guerra, o mundo se viu dividido em duas ideologias, uma socialista e outra capitalista, lideradas pelas grandes potências da época, URSS e Estados Unidos dando início à denominada Guerra Fria. Neste período, o princípio da igualdade soberana das nações entrou em crise notadamente com a concretização da hegemonia americana na Europa Ocidental, com a criação da OTAN, permitindo instalação de bases militares americanas em diversos pontos da Europa e da Ásia após o plano Marshall[24].

Com as destruição deixada pela guerra, tornou-se propícia a criação de Organismos Internacionais para que a união comprometida fizesse mais força e tivesse mais eficácia para superar as dificuldades individuais dos Estados, dando ensejo a uma solidariedade entre as nações que se achavam ligadas por acordos internacionais. Os Organismos criados para estruturar a nova modalidade de relação, (sempre tendo como retaguarda a ONU, a mais representativa Instituição Internacional) – cujos interesses iniciais eram apenas econômicos – foram se aprofundando num processo integracionista no qual cada Estado participante delegava parcela de sua soberania em prol de organismos supranacionais, formando blocos com capacidade para atuar em nome dos Estados.[25]

Nas últimas décadas, o fenômeno da globalização[26] deu novo impulso na evolução do conceito. Como salienta Quintão Soares, "A globalização econômica

---

24. Plano Marshall foi um programa implementado pelos Estados Unidos para reconstrução européia, aplicado a partir de 1947, com fornecimento de matérias primas, produtos e capitais para recuperação econômica da Europa... era fundamental para a economia norte americana encontrar um parceiro à altura...
25. SILVA, José Afonso da prefere analisar a questão dessa nova perspectiva da soberania sob outro aspecto. Segundo ele "...não me parece correta a afirmativa corrente de que o ingresso na Comunidade implica redução da soberania nacional, ou na alienação de parcela dessa soberania, ou na sua flexibilização. Fenômeno novo não pode ser considerado com base em pressupostos, requisitos e conceitos de fenômenos velhos. A novidade requer reflexão e nova postura. Inserir-se num tipo de comunidade como a Comunidade Européia não significa perder soberania, mas assumir uma nova forma de soberania comunitariamente compartilhada. Tem-se, então, um exercício comum da soberania dos Estados componentes, um exercício comunitário da soberania." SILVA, José Afonso da. *Direito Regional Econômico, Direitos Humanos e Direito Comunitário.* In Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Coordenação Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 27. Na mesma linha de entendimento de uma soberania compartilhada, AGUADO, Juventino de Castro. *A soberania dos Estados: o paradoxo da integração.* In Jornadas de Derecho Internacional. (Florianópolis, Brasil). Organización de los Estados Americanos –, Washington, DC: Secretaría General. 2003, p. 91-110.
26. Globalização é o fenômeno desencadeado no Sec. XX. Diz-se que ele é irreversível porque não há como retornar, mas apenas aprimorar, assim como não há como reverter a evolução tecnológica. Adotamos o conceito de Globalização feito por Antonio Rodrigues de FREITAS JR. *In:* Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional, coord. Flávia PIOVESAN, Max Limonad, São Paulo 2002, p. 105, para quem Globalização é, "sob o ponto de vista jurídico,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 208 5/3/2007 12:34:11

surgiu no atual estágio de desenvolvimento pós-moderno, contrapondo-se à soberania popular,..."[27] o que representa a tradicional soberania do Estado nacional.

A todo conceito corresponde uma realidade. Se a realidade que inspirou o conceito de soberania segundo Bodin mudou, ou cria-se um novo signo que retrate a realidade ou muda-se o significado do signo "soberania" tal qual vinha sendo utilizado.

Se o Poder do Estado, quando da criação da teoria da soberania era absoluto, hoje já não se pode dizer a mesma coisa, porque já não há mais espaço para tal. Enquanto o Estado Absoluto detinha todo o Poder, o Estado na atualidade vem se enfraquecendo cada vez mais. Ele vem perdendo Poder econômico, político e jurídico[28]. E estes não são problemas de alguns Estados. São problemas regionais, são problemas mundiais, são problemas de todos os Estados. E quando se têm problemas em comum, é natural que os "fracos" se unam para se tornar mais fortes. A União Européia – exemplo na atualidade de uma união de Estados num processo integracionista que está obtendo sucesso – deixa claro que, se por um lado a união obriga a delegação de Poderes para órgãos supranacionais, essa mesma união torna os Estados, conjuntamente, mais fortes.

Tudo isto é fruto da evolução das relações sociais, que deram um passo fora do território nacional para envolver-se nas relações internacionais, aliada à evolução da tecnologia que encurtou distâncias, aproximou os povos, aprofundou as relações entre as diferentes nações, flexibilizando e, até, derrubando as antigas fronteiras (anteriormente erigidas de forma nítida a demarcar o nacional e o estrangeiro). Com o fenômeno irreversível da globalização, o conceito de soberania sofre, nos últimos tempos, uma redefinição, de forma a flexibilizar ainda mais aquela idéia primitiva de algo absoluto que o conceito teve em sua origem.

A relativização da soberania é vista por A. Machado Paupério nos seguintes termos:

---

deslocamento da capacidade de formulação de definição e de execução de políticas públicas, antes radicadas no Estado-nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrentes da globalização econômica e de seus efeitos sobre a extensão do poder soberano. Trata-se de um fenômeno, e portanto de um dado de realidade no mundo da vida, antes que de uma figura jurídica, mas de grande alcance e importância para o Direito."

27. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit. p. 172.
28. IANNI, Octávio. *A era do globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 73/74. O autor aponta indício da decadência do Estado Nacional com a globalização o fato do inglês ter-se convertido no idioma da globalização; citando ALCOFORADO, Fernando, SALES, Carla Vanessa salienta como enfraquecimento do Estado Nacional a subordinação das economias nacionais aos interesses das empresas transnacionais, que contam atualmente com um enorme Poder econômico.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 209 5/3/2007 12:34:12

> A soberania do Estado está longe de ser absoluta. Limitações de toda espécie dão-lhe contornos de relatividade. Os direitos da pessoa humana, o bem comum e os grupos sociais trazem-lhe constantemente um caráter de superlativo relativo. Dentro de uma concepção democrática da soberania, que sempre defendemos em nossos livros, a soberania nacional há se subordinar-se à soberania internacional, se em jogo os legítimos interesses da comunidade maior[29].

Quintão Soares entende que a pós-modernidade impõe uma metamorfose do Estado, com as transformações ocorridas no limiar do novo milênio, e com ela uma nova definição da soberania na seguinte expressão:

> No final do século XX, ocorreu uma terceira revolução tecnológica, representada pela economia de mercado, exigindo nova conceituação da soberania estatal, condicionando-a aos novéis parâmetros da ordem internacional, abrangendo desde as normas supranacionais das organizações internacionais integracionistas e comunitárias até a lex mercatoria dos interesses das multinacionais".[30]

A relativização do conceito de soberania porém, não se deu apenas em razão da criação de blocos econômicos que impulsionaram a criação de um Direito Comunitário ou em razão da globalização. O conceito relativizou-se também em razão da criação de normas internacionais voltadas à proteção do ser humano, criando um ramo autônomo do Direito, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É especificamente esta seara de limitação da soberania que interessa a este estudo. A relativização da soberania pelos Direitos Humanos poderá ser claramente vislumbrada a seguir, no tópico relativo aos limites impostos ao Poder Constituinte pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dos novos caminhos trilhados pelo constitucionalismo moderno.

Assim, se o próprio conceito de soberania, cuja idéia, no seu limiar, apresentava uma essência absoluta, sofreu uma evolução e precisou ser repensado principalmente para se adequar à nova era na qual vive o nosso planeta, também a autonomia do Poder Constituinte merece nova reflexões, merece ser repensado para adaptar a teoria à realidade vigente.[31]

---

29. PAUPÉRIO, A. Machado. *A soberania natural sobre a Amazônia.* Revista de Informação Legislativa. Brasília: Ano 27, n. 106, abr/jun 1990.
30. SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit. p. 536.
31. BONIFÁCIO, Artur Cortez, op. cit., p. 139-140 propõe um novo paradigma ao conceito de soberania com a criação de uma Constituição internacional, de um Poder Constituinte supranacional. Para ele "Na política de proteção aos direitos humanos estaria o elemento unificador possível da existência de uma constituição material internacional. Eis o princípio fundamental dessa Constituição.... A proteção dos direitos humanos, com ser tema de interesse internacional, determina já a relativização do conceito de soberania, na medida em que possibilita a responsabilização internacional, em caso de omissão dos Estados, em sua responsabilidade primária. De outro lado, garante os direitos do cidadão universal, onde quer que esteja, na condição de sujeito de direito."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 210 5/3/2007 12:34:12

É possível compreender a criação do dogma da ilimitação empreendido em favor do Poder Constituinte Originário, e do próprio Poder Constitucional, na teoria de Sieyès porque, naquele momento histórico em que se buscava o rompimento com o Estado Absoluto, para atribuir à nação o Poder de decidir os rumos da sociedade, essa característica era importante para o fortalecimento da vontade da nação, para a legitimação desta como titular daquele Poder[32]. Pode-se imaginar que, naquele momento, se houvessem alusões a limites do Poder Constituinte, seriam desastrosas para as tentativas de reforçar o Poder de decisão da nação. É possível que "em nome de eventuais limitações", a opressão que se faria no Poder Constituinte da nação, acabaria por anular sua verdadeira titularidade, não ocasionando o rompimento de fato com o Estado Absoluto, como se desejava. Assim, aquela concepção de ilimitação do Poder Constituinte foi importante para não condicionar o Poder Constituinte, desnaturando sua missão naquelas circunstâncias.

Com o passar do tempo, com a paulatina aceitação da teoria do Poder Constituinte que foi sendo expandida e assimilada, a nação foi conseguindo consolidar sua titularidade, a democracia passou a ser vista como o regime que deve prevalecer. Sem dúvida que esta conquista não ocorreu ao mesmo tempo em todas as nações. Em alguns Estados ela ocorreu com mais facilidade, em outros, como no Brasil, somente após um longo período de história constitucional e em outras nações o encontro da nação com a titularidade do Poder Constituinte ainda está por acontecer. Assim é que a realidade dos fatos conduzem a uma revisão da teoria daquele Poder para adaptá-la à realidade.

Dentro deste contexto todo deduzimos que "com a dispersão do poder soberano e a complexidade das questões surgidas com a globalização, o modo de pensar o Direito de forma racional e científica, vai cedendo lugar a um pensar do Direito assentado em estruturas de difícil sistematização, exigindo esse novo contexto um novo enfoque do Direito Constitucional"[33]

Então, com a relativização do conceito de soberania, como vimos, voltamos ao que hoje já se pode denominar de limites ao Poder Constituinte Originário e ao seu conseqüente Poder Constitucional.

Dentre os diversos autores nacionais que afirmam a existência de limites ao Poder Constituinte Originário, pode-se citar Edvaldo Brito que assim leciona:

---

32. Naquele momento histórico, naquele contexto sócio-político, era necessário direcionar o Poder Constitucional para o fortalecimento do poder social, da mesma forma como antes foi importante reforçar o imperativo constitucional para fortalecer a incipiente estrutura do Estado nação.
33. PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do Constitucionalismo moderno sob os influxos da Globalização. *In* DOBROWOLSKI, Silvio. Org. Opus cit. p. 298.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 211 5/3/2007 12:34:12

> Conseqüentemente, mesmo o poder constituinte, que é potência, tem limites, sejam os ditados pela soberania popular no momento da escolha dos seus representantes, manifestando a sua ideologia ou durante a atividade constituinte, acompanhando-a com a sua participação; sejam os que, na linha dessa ideologia, cause a integração de normas do direito internacional;...[34]

Portanto, comungando com os autores que admitem a existência de limites ao Poder Constituinte Originário, passa-se a análise dos limites que a doutrina lhe contorna.[35]

4. LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

Pode-se encontrar na doutrina referências a limites "de fato" ao Poder Constituinte. Estes limites de fato são aqueles ligados aos valores e tradições que a sociedade já incorporou em seu seio e que, talvez não sejam observados, a Constituição não contará com a legitimidade necessária, não será efetiva, sendo que o exemplo clássico de Constituição que virou letra morta foi a Constituição Francesa de 1793 (a Constituição jacobina). É o que, na expressão de Lassalle - ressaltando que também o povo é uma parte integrante da Constituição - esta não pode contrariar os fatores reais do poder:

> Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.[36]

Aqui radica o Poder Constitucional na mesma proporção da "presença" interventiva da sociedade no Poder Constituinte; a Constituição, sem poder, como representativa do poder social, se fundamenta nos fatores reais do poder no entender de Lassalle.

É necessário fazer um destaque particular para comentarmos a teoria de Lassalle a respeito não somente do Poder Constitucional, mas também dos fundamentos em que ele se assenta e os limites em que ele está cercado.

---

34. BRITO, Edvaldo. Op. cit., p. 89.
35. Neste sentido BONIFÁCIO, Artur Cortez. Op. cit. p. 134: "A nosso ver, há limitações à atividade do constituinte originário. Nesse ponto, há de se admitir que o Poder Constituinte Originário sofre os influxos dos grupos de pressão, sindicatos, associações, organizações não governamentais, da opinião pública, em derradeira análise. De certa forma, os valores éticos e ideais, a exemplo da justiça e da igualdade, os princípios gerais de direito, enfim, também são limitadores de sua atuação. Isso sem falar na defesa mundial dos direitos humanos e na pujança dos tratados internacionais, num mundo globalizado".
36. LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Cultura jurídica Ltda – Ed. Líder, 2004, p. 42.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 212 5/3/2007 12:34:12

Para Lassalle, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais e efetivos do poder que o regem. Caso a Constituição não corresponda a estes fatores, o Poder Constitucional não se realizará. "A norma não se estabelece por si mesma... e a unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência política do Estado, não na lei ou norma. Por sua vez, a unidade do Estado não descansa na vigência dos artigos da Constituição, mas na existência política do povo"[37]

Em sentido amplo, pois, o Direito como um todo, é político, porque suas fontes materiais se ordenam em função de relações de poder.

Esta tese, hoje tão divulgada, remonta à tese defendida já em meados do século XIX quando Lassalle defendia que são os fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade, atingindo a forma das leis e também o formato das instituições políticas da sociedade. A Constituição e o Poder Constitucional, se assentam nestes "fatores reais do poder", é a "força ativa e informadora que influencia de tal modo todas as leis promulgadas neste país que as *obrigue a ser necessariamente,* até certo ponto, *o que são* e *como são, sem lhes permitir ser de outro modo"*[38].

O Poder Constitucional tem, como foi enunciado na introdução deste trabalho, uma retaguarda que lhe dá sentido e razão de ser, lhe dá justificativa e legitimidade; esta retaguarda está situada nos fatores reais do poder.

É aí que qualquer Constituição deve representar a soma desses fatores existentes na sociedade. O Poder Constituinte, assim como o Poder Constitucional, encontra nestes fatores as premissas do próprio poder. A Constituição vale em virtude da vontade política existente daquele que a dá através do Poder Constituinte, pois a essência da Constituição não está contida numa norma, no fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular desse Poder Constituinte.

Dessa forma é que a Constituição, o Poder Constitucional, vai além de uma mera "folha de papel" (Lassalle), pois "em essência a Constituição de um país é: Os somatórios dos *fatores reais de poder* que vigoram neste país[39]. Fatores estes que colhidos e registrados e dando-se-lhes expressão escrita, positivados em leis, deixam de ser meros fatores reais de poder, para transformarem-se em Direito.

---

37. BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição. In:* TAVARES, André Ramos et alii (coord). Constituição Federal – 15 anos. - Mutação e Evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Ed. Método, 2003, p. 18-19.
38. LASSALLE, Ferdinand. Op. Cit. p. 41.
39. LASSALLE, Ferdinand. Op. Cit. p. 48

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 213 5/3/2007 12:34:12

As instituições políticas e sociais transformam-se em instituições jurídicas com todo o poder impositivo próprio da lei. Quando a lei nos obriga, nos proíbe ou nos permite, ela está respondendo, melhor, está refletindo os poderes e vontades que imperam no contexto social. É verdade que estes poderes e vontades são fatores extremamente diluídos e dispersos em razão da grande pluralidade existente em nossa sociedade altamente complexa, o que torna mais difícil a identificação destes fatores do poder.

A doutrina dos fatores reais do poder, que no cabeçalho ou título deste trabalho chamamos de **premissas do Poder Constitucional,** nos leva a entender que os problemas constitucionais não são problemas de Direito, mas são problemas de poder. A Constituição e o poder que ela expressa só tem significado real e efetivo se ela for a fiel expressão dos poderes políticos e sociais de uma determinada sociedade.

É evidente, pois, a interferência e atuação da realidade social, política, econômica e cultural nos textos constitucionais. O condicionamento constitucional, e jurídico como um todo, a esses fatores, será tanto mais evidente e mais eficiente na proporção em que a sociedade tenha a capacidade de manifestar e de fazer valer suas vontades e seus interesses.

É claro que estes fatores se conjugam com as forças político sociais dominantes, pois, são estas, em fim de contas, a fonte jurídica primordial.

Estamos expressando a nossa **concepção sociológica do Poder Constitucional**, dentro da qual o Estado e o Direito são o reflexo do contexto social, num sentido amplo, de um determinado momento e de uma determinada sociedade. Os elementos dominantes naquele momento e naquele lugar, irão dar o formato deste Estado e deste Direito.

Luís Roberto Barroso, ao iniciar seus comentários sobre a tese de Lassalle, faz algumas referências a Marx, contemporâneo e "aliado eventual" de Lassalle, embora seu crítico ideológico. Karl Marx, nos diz Barroso, também adotou a concepção sociológica de Constituição. Embora não se tenha em Marx uma teoria acabada do Direito, ele "remarca a tese de que o Direito é uma super-estrutura que corresponde no mundo das idéias a uma base material resultante das relações de produção. É a infra-estrutura econômica – e tão somente ela – que condiciona as instituições jurídicas"[40].

40. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 65-66.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 214 5/3/2007 12:34:13

Ao contrário da postura marxista, Hans Kelsen se situa na concepção estritamente jurídica da Constituição. Ela é a norma fundamental que confere validade à ordem jurídica e a todas as instituições. "a idéia da Constituição como um *sistema de normas, purificada* de quaisquer elementos sociológicos, políticos ou filosóficos, foi levada ás últimas conseqüências pelo (seu) *Normativismo metodológico"*[41]*,* A Constituição é norma pura, o direito deve ser concebido estritamente como direito positivo, onde o primado da lei escrita é inquestionável, embora Kelsen não negue a existência de uma "ordem da natureza", de elementos sociais subjacentes ao Direito.

Mesmo que o positivismo em Kelsen admita que na base do Direito existem dados sociais, realidade social que o explica, e que o Direito está inspirado em teorias e princípios filosóficos, ele entende que o estudo destes fenômenos culturais não é da competência do jurista. Isto pertence a outros profissionais, com os quais o jurista não se confunde e nem se mistura. O Direito é uma ciência autônoma e independente. É este o sentido que é dado por Kelsen em sua obra mais conhecida[42].

Numa das análises que Miguel Reale faz da doutrina de Hans Kelsen, o nosso jurista nos esclarece que Kelsen, pouco a pouco, foi reconhecendo que o Direito "antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial, vendo-se, assim, obrigado a reconhecer que o Direito, tomado na sua acepção ampla *pressupõe o mínimo de eficácia*. De certa forma voltava ao ensinamento do mestre da geração anterior à dele, Rudolf Stammer, que, com base na sua concepção da norma de direito como 'norma de cultura', só compreendia a *positividade do Direito, como uma relação necessária entre validade formal e eficácia,* ensinamento que merece ser guardado"[43].

Mesmo assim, porém, a concepção formalista de Direito de Kelsen, leva à compreensão do Direito como norma e nada mais do que norma. O *pacta sunt servanda,* entendido como o pactuado deve ser mantido, é a tônica fortemente presente no pensamento positivista.

Referentemente à Constituição e seu Poder, novamente nos valemos do mestre Miguel Reale quando escreve que "a validade de todo o ordenamento depende, segundo Kelsen, do disposto na 'primeira Constituição', devendo-se, porém,

41. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 66.
42. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad, João Batista Machado, 4 ed. Coimbra: Armênio Amado Ed. 1979.
43. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito.* 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114-115.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 215 5/3/2007 12:34:13

notar que o adjetivo 'primeira' não indica uma precedência cronológica mas sim uma prioridade lógica"[44]; toda a legislação anterior estaria subordinada, na ordem da vigência, à "norma primeira". "Dessarte, do ponto de vista estritamente lógico, é a norma fundamental que torna possível a experiência do Direito como um conjunto gradativo de regras entre si logicamente subordinadas e coerentes[45].

Voltamos, pois, ao entendimento de que o Poder Constitucional é um produto dos fatores reais de poder, é um produto das experiências sociais e desta forma, o ordenamento jurídico pode ser visto como um macromodelo, cujo âmbito de validade e de poder é traçado em razão do modelo constitucional ao qual devem se adequar todos os outros modelos jurídicos em razão do Poder Constituído na esfera da Lei Maior. Isto significa que a Constituição não pode ser entendida isoladamente sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política.

É neste contexto mais amplo que o Poder Constitucional se assenta, sem isto o elemento jurídico da Constituição não teria significado próprio. Dessa forma, esse Poder se apresenta como um produto do conjunto das relações sociais, pois, "a Constituição deve levar em conta todas as motivações sociais da dinâmica política, integrando-as progressivamente"[46].

Manoel Gonçalves Ferreira Filho compartilha de todo este entendimento:

> Isto demonstra a existência de limites de fato ao Poder Constituinte. Os limites de fato estão em que, quem estabelece uma Constituição não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas – a cosmovisão – da comunidade, porque, do contrário, não obterá a adesão dessa comunidade para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes.[47]

Maurício Antônio Ribeiro Lopes nos ensina que o fechamento do círculo acerca dos limites extrajurídicos do Poder Constituinte é uma tarefa que contém utilidades, dentre elas a de verificar que, se o Poder Constituinte Originário tem limites, no que se refere ao Poder Constituinte Derivado, as possibilidades são ainda mais estreitas. Outra utilidade é evitar que pequenos grupos que se

44. REALE, Miguel. Op. Cit. p. 193.
45. REALE, Miguel. Op. Cit. p. 194.
46. BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit. p. 21.
47. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 76.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 216 5/3/2007 12:34:13

auto-intitulem expressão do Poder Constituinte, imponham sua idéia particular de Direito.[48]

Realmente, os valores consagrados por uma sociedade e já enraizados em seu povo constituem limites contra os desejos particulares de pessoas ou grupo de pessoas que procuram prevalecer-se da condição de representantes do povo na Assembléia Constituinte[49], ou daqueles que, investindo-se do Poder Constituinte, assumem a titularidade deste, ainda que

em nome de sua legítima titular: a nação. [50]

Carlos Roberto Ramos exprime seu pensamento nos seguintes termos:

> O Poder Constituinte originário sofre limitações. Se o Poder Constituinte é uma delegação do povo, é de se presumir que qualquer medida que lhe não venha ao encontro, ou que não encerre sua vontade será espúria.[51]

É isto que reforça e dá sentido ao Poder Constitucional.

Se por um lado é possível admitir a existência de limites de fato ao Poder Constituinte, a sua indicação ficará na dependência da análise dos valores que já foram incorporados em cada sociedade.

---

48. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 99: Assinala as vantagens da análise dos limites extrajurídicos do Poder Constituinte "A primeira é frear o avanço dos ideais totalitaristas ou autoritários de movimentos que se auto-intitulem expressão de um Poder Constituinte originário, se não para impedir na prática a edição da Constituição que melhor lhes aprouver (os discursos desafortunadamente não representam fatores reais de poder), ao menos para fazer incidir uma censura política (quiçá econômica, muito mais eficaz) da ordem internacional. Há um sentimento inequívoco de internacionalização dos Estados e de seus conflitos, sendo, hoje, de utilidade econômica e militar uma certa preservação de valores democráticos como forma de se incrementar o desenvolvimento e se manter a paz no planeta."
49. Na decisão do Tribunal Federal de Bonn em 1952 já se delineava a existência de limite do Direito impresso pelo Estado: "A liberdade que tem o Estado para determinar nos limites de seu território o que será ou não será o direito, não é ilimitada." E acrescenta Pinto Ferreira: "O seu limite é o núcleo inviolável das idéias éticas, o mínimo ético, o direito justo, produto da consciência universal." FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1992, p. 214.
50. Neste sentido exemplifica BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao poder constituinte originário.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, n. 42, jan-mar/2003, p.135: "Suponhamos que os Constituintes entendam por bem elaborar uma nova Constituição no Brasil e um dos dispositivos do texto a essa altura promulgado desiguale a relação de direito entre homens e mulheres. A norma constitucional assim o será formalmente, entretanto, será de difícil aplicabilidade, vez que os valores sociais hoje são outros. Carecerá, assim, de efetividade. O poder legal existirá; prescindido de ilegitimidade, todavia, tenderá a ter insuperáveis dificuldades em sua aplicação, já que não revela, em normas, a decisão social e política da sociedade destinatária."
51. RAMOS, Carlos Roberto. *Origem Conceito, Tipos de Constituição. Poder Constituinte e historia das Constituições Brasileiras.* RIL Brasília, 93, jan/mar 1987, p. 75.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 217 5/3/2007 12:34:13

5. O PODER CONSTITUINTE E O DIREITO INTERNACIONAL

Duguit[52] defendia a tese da irrevogabilidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, entendendo que ela vinculava todos os futuros constituintes, os quais não poderiam dela se afastar. Entendia, portanto, que esta Declaração constituía uma categoria de lei superior à Constituição, razão pela qual até o próprio Poder Constituinte estava a ela vinculado. O fundamento de sua teoria residia na idéia de que aquela Declaração representava a limitação mesma dos poderes do Estado e dos seus deveres também.

Esta tese, porém, não recebeu a acolhida por parte de outros estudiosos. A idéia de uma limitação jurídica do Poder Constituinte Originário surgiu posteriormente com novo fundamento, com outros enfoques, notadamente com a transformação das relações entre os povos.[53]

Nesta perspectiva, os limites de Direito indicados pela doutrina reportam-se ao Direito Internacional[54]. Diante da flexibilização do conceito de soberania e do reconhecimento de que o Estado mantém relações com outros Estados e com Organismos Internacionais, assumindo compromissos e obrigações, é inegável que o Poder Constituinte Originário sofre limitações impostos por esta esfera de Direito.

Discursando acerca das idéias esposadas por Nelson Saldanha, Maurício Antônio Ribeiro Lopes salienta essa nova perspectiva do Poder Constituinte Originário frente às relações internacionais:

> ...a intensificação da vida internacional, fundamentada sobre um dos mais emocionantes processos culturais da atualidade – a aglutinação cultural do mundo -, oferece à ação do Poder Constituinte de hoje um aumento de

52. Apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 101.
53. Importante registrar que Kant já havia desenvolvido a idéia de que a *"pax perpetua"* somente seria construída com o estabelecimento de uma "comunidade jurídica internacional" através de um "Direito Público dos Estados".
54. COELHO, Paulo Magalhães da Costa afirma a existência de limitações jurídicas ao Poder Constituinte originário, sem contudo, reportar-se ao Direito Internacional. Confira: "O poder constituinte dito originário ou instituído também possui limites, inclusive de natureza jurídica.... existem certos princípios vinculados à dignidade humana que, embora suprapositivos mas intrajurídicos como postula Canotilho, se impõem como limite ao poder constituinte e vão contrabalançar seu elemento fático. Esses princípios ligados à dignidade humana, como a liberdade, a igualdade – jurídica e material –, o acesso aos bens materiais e imateriais necessários ao desenvolvimento da personalidade, a ausência ou proibição de discriminações, se estabelecem como um limite à atuação soberana do poder constituinte, ainda que originário, e por ele não podem legitimamente ser negados". COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *O Poder Constituinte e a Construção das Utopias* – suas possibilidades e limites. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 10, n. 40, jul-set/2002, p. 148-149.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 218 5/3/2007 12:34:13

> alcance ao qual, não obstante, corresponde uma série de dificuldades positivas. Com efeito, a vida constitucional se achando cada vez mais mergulhada na dimensão internacional das nações, dá-se o que se pode chamar com Mikine-Guétzévitch, a "internacionalização do Poder Constituinte.[55]

O mergulho que as nações fizeram no campo de relações internacionais com novas perspectivas culturais, econômicas, de investimento e de desenvolvimento, fez emergir, por outro lado, novas perspectivas para o Direito Nacional frente ao Direito Internacional. Para "participar" da vida internacional, o que ocorre via organismos e instituições internacionais, a nação necessita observar não só os preceitos de Direito Internacional, mas, muitas vezes, adequar o seu Direito Nacional para expandir ou até mesmo manter essas relações.[56]

Prossegue o autor citado dizendo que,

> Por certo que uma ligação jurídica da vida nacional com a internacional constitui uma aventura ímpar e singularmente tentadora para a história cultural do Direito; mas esta contingência, conquanto possa ser um alargamento das possibilidades, **apresenta uma limitação ao Poder Constituinte:** este, ao atuar, terá de levar em conta uma grande monta de conveniências jurídico-internacionais: respeito a tratados e pactos, a princípios do direito das gentes, etc.[57](grifos nossos)

O citado autor analisa a questão da subordinação do Direito interno às regras fundamentais do Direito Internacional e, embora considere um objetivo ideal, conclui que o Direito Internacional - embora tenha pretensão de limitar o Poder Constituinte no tocante aos direitos fundamentais do homem – não o faz, uma vez que a realidade dos fatos, por vezes, desmente a superioridade do Direito Internacional[58]. Para o autor, a influência que o Direito Internacional tem em relação

---

55. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 102.
56. A afirmação de que o Direito Internacional influi no Direito Interno torna-se clara na alteração de diversas legislações domésticas, como aconteceu nos últimos anos com a Lei das S.A, a Lei de Arbitragem e até mesmo da própria Constituição, que sofreram adaptações para dar campo aos investimentos de empresas estrangeiras no Brasil.
57. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 102.
58. No Brasil já se firmou o entendimento no STF de que as normas de Direito Internacional obedecem a teoria dualista, necessitando pois de um processo de domesticalização para que as normas de Direito Internacional tenham validade no âmbito interno. Assim salienta Alexandre de MORAIS: (ver p. 304) Porém uma outra tese, bastante coerente, e que vem ganhando campo é defendida por Flávia PIOVESAN. Segundo a autora, existe uma divisão dicotômica no tratamento dos tratados internacionais pela Constituição Federal vigente. Os tratados internacionais em geral acompanham a concepção dualista ou de incorporação legislativa, precisando pois de um processo de internalização de suas normas, exigindo intermediação do Poder Legislativo. Porém, no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, a incorporação é automática, seguindo pois, a concepção monista ou de incorporação automática, sem necessidade de ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação. Esta interpretação é feita a partir dos enunciados contidos nos

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 219 5/3/2007 12:34:14

ao Poder Constituinte se reduz à mesma influência que tem o Direito Natural. E conclui, entendendo que somente haverá limitação quando houver órgãos como Cortes de Justiça Internacionais com competência para decidir sobre infrações e aplicar sanções, o que, de outro lado, já está começando a acontecer[59].

A idéia de que as influências que o Direito Internacional exerce sobre o Poder Constituinte se reduzem à mesma categoria da que exerce o Direito Natural, não corresponde ao pensamento que aqui se defende.

O poder de influência do Direito Internacional sobre o Direito Interno, e, consequentemente sobre o Poder Constituinte, é deveras maior.[60]

A verdade é que nenhuma nação, na atualidade, consegue "virar as costas para o mundo" para tratar os assuntos em seu território como meros assuntos domésticos.[61]

Conforme ensina Canotilho:

Parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 que assim dispõe: "§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º.Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." São estes os dizeres da autora: "Diante destas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, parágrafo 1º - aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato legislativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna." PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 110.

59. BARRAL, Welber. *Org. Tribunais Internacionais.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

60. Confira o entendimento de NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. *O Conceito de Soberania no Século XXI.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 42, Ano 11, jan/mar/2003, p. 159: "O Estado, como já se disse, relaciona-se: firma tratados, insere-se em organizações internacionais, pode delegar plexos de competências aos entes federados e municípios. O advento de uma nova Constituição em descompasso com os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, por meio destes tratados, pode levar a um isolacionismo inconveniente, que trará ao país em comento sanções de toda sorte. Logo, se a Nação (ou o povo, ou o Estado) é soberana e, por meio de revolução, opta por reformar-se no plano interno ou externo, isto é possível. Mas decorrerá disto uma enormidade de sanções por conta desta sua opção."

61. Exemplos atuais revelam que o que se passa dentro das fronteiras de um país, interessa à Comunidade Internacional. Diante da crise pela qual passa a Venezuela, instituições internacionais como a OEA e o Centro Carter foram chamados para acompanhar as decisões políticas que estão sendo tomadas, garantindo-lhe um processo democrático. A oposição ao atual governo Hugo Chávez, declarou que "A OEA não ficará em silêncio diante do que está acontecendo aqui" Folha de São Paulo, A12, 21.02.2004 matéria "Observadores podem deixar Venezuela". O presidente do Haiti, embora resistente, acabou cedendo às pressões dos Estados Unidos e França, e renunciou seu mandato, haja vista a grave crise pela qual passa o país. Assim noticiam os jornais: "Antes saudado como um campeão da democracia num país arrasado por décadas de ditadura, o ex-presidente do Haiti Jean-Bertrand Aristide foi forçado a renunciar por uma revolta armada e **pela pressão internacional**" (g.n.) Folha de São Paulo, A7, 1º.03.2004 matéria "Aristide era esperança de democracia".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 220 5/3/2007 12:34:14

> ... um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode hoje estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).[62]

Podem ser citados alguns exemplos: instado a se manifestar, o Poder Constituinte Originário de um determinado país, entende que a soberania nacional depende de um melhor aparelhamento bélico e decide que será dada ênfase no desenvolvimento e produção de armas químicas e biológicas, ou, como hoje está ocorrendo, com armas atômicas, como acontece na Coréia do Norte e, talvez, também no Irã. Indaga-se: o resto do mundo, a pretexto de respeitar a "soberania do Poder Constituinte daquele país", aceitaria de maneira pacífica aquela decisão soberana? Há alguns anos começamos a assistir a uma guerra deflagrada pelos Estados Unidos contra o Iraque cujo motivo "oficial"[63] consistia exatamente no fato de haver "suspeitas" de que este país mantinha armas químicas e biológicas; embora esta suspeita não tenha se confirmado, ao contrário, constatou-se a não existência, a ocupação continua "para maior segurança".

Sob o ponto de vista do Direito Natural essa decisão pode não corresponder à idéia de justiça capaz de aferir a "bondade intrínseca da constituição", utilizando as palavras de Canotilho.

As pressões[64] internacionais, porém, que gravitam as relações entre os países são tão eficazes (talvez até mais eficazes) do que sanções aplicadas por Cortes de Justiça Internacionais oficiais. Qualquer país na atualidade que despreze as recomendações mínimas de respeito aos valores pregados pela globalização[65] conta com retaliações internacionais que tornam dificílimo seu engajamento nas relações internacionais, tão importante para o incremento econômico do país.

---

62. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 75.
63. Embora a guerra deflagrada possa ter motivos outros que não aquele alegado pelo Presidente dos Estados Unidos, a questão é que o motivo oficial declarado foi a necessidade do desarmamento em "prol da humanidade", da paz mundial.
64. Assim escreve Henry STEINER: "Agindo individualmente ou como parte de um grupo, os Estados podem oferecer pressões, contra um Estado violador, destituídas de força militar (ou seja, que não contam com a autorização do Conselho de Segurança da ONU). Estas formas de pressão incluem boicotes e embargos. Elas também incluem condicionamentos à assistência bilateral ou multilateral, à assistência ao desenvolvimento, ou a vantagens comerciais – como a cláusula mais favorável a determinadas nações – relativamente ao dever dos Estados de cumprir normas básicas de direitos humanos." Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1997, p.182, nota de rodapé 179. Confira também MAGALHÃES, José Carlos. *Lex Mercatoria* – Evolução e posição atual. Revista dos Tribunais, vol. 709, Ano 83- nov/1994.
65. A globalização estabelece alguns valores tais como: meio ambiente, repressão ao tráfico de drogas, águas, direitos humanos, democracia; são valores que se impõem por força de uma interdependência das nações entre si.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 221 5/3/2007 12:34:14

Pelos argumentos expostos, entende-se aqui que não se pode reduzir a influência do Direito Internacional à do Direito Natural. As conseqüências da inobservância de princípios insculpidos na ordem internacional vêm de imediato. Quanto ao Direito Natural, somente o amadurecimento da consciência humana e o crescimento espiritual é capaz de fazer com que sejam observados valores que digam respeito ao homem, à sua realização como tal. Podemos observar quantos séculos se passaram até que a "liberdade" foi reconhecida como o valor supremo da vida. Quanto tempo durou a escravidão! E até que se chegasse ao valor da "igualdade" como elemento necessário para implementação da liberdade, muitos anos também rolaram, estes anos todos se referem a séculos através dos quais o homem foi lutando e conquistando... e muito há, ainda, por conquistar, não tanto quanto ao reconhecimento, muito mais quanto à implementação.

Ainda que não se entendesse que o Direito Internacional não seja limite de Direito, seria ele um limite de fato e, o que importa é que constituem, sim, "limites" ao Poder Constituinte[66], sendo que sua classificação tem um efeito meramente didático.[67]

Na concepção do Estado de Edvaldo Brito os preceitos de Direito Internacional são verdadeiros limites de direito ao Poder Constituinte.[68]

---

66. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora. Tomo II, p. 105-106, também vislumbra limites no Poder Constituinte Originário: "Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto – tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição – e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites."
67. MIRANDA, Jorge, op. cit. p. 107-108, distingue três categorias de limites materiais do poder constituinte: os limites transcendentes, que provêm de imperativos do Direito natural, de valores éticos superiores, conexos com a dignidade da pessoa humana; os limites imanentes, ligados à configuração do Estado, se reportam à soberania, algumas vezes à forma de Estado e à legitimidade política em concreto; os limites heterônomos, que são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a regras ou atos de Direito Internacional (em virtude de deveres assumidos pelo Estado para com outros Estados) ou ainda de Direito Interno (estabelecidos em união federativa, entre poder constituinte federal e poderes constituintes dos estados). Acompanha esta mesma classificação BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada.* São Paulo: Saraiva, 2002, p.18-19.
68. Sob a ótica de BRITO, Edvaldo, op. cit. p. 92, os limites traçados pelo Direito Internacional são limites heterônomos: "Essas novas tendências do Direito Constitucional buscam esses limites, também, no direito internacional. Hoje não há mais súditos, nem quando é monárquica a forma de governo. Há cidadãos que são titulares de prerrogativas universalmente reconhecidas e asseguradas pelo comprometimento internacional de fazê-las realidades em qualquer parte. Em tais circunstâncias, até o poder constituinte tem submissão, como limite, ao direito internacional desse conteúdo, quanto mais a competência do órgão de alteração... São os limites heterônomos.*"* Adotando a classificação dos limites impostos à Competência Reformadora esboçada por Horst EHMKE, Edvaldo Brito, vislumbra um ponto de contato desses limites tanto para o Poder Constituinte Originário, quanto para a Competência Reformadora. São eles os denominados "limites transcendentes à ordem constitucional positivada", os quais ele subdivide em: a) objetivos da sociedade civil

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 222 5/3/2007 12:34:14

6. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES AO PODER CONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos no tema, e diante da estreita ligação entre Direitos Humanos (também direitos coletivos e difusos) e Direito Natural, um esclarecimento se torna necessário.

Diante da mutabilidade das regras jurídicas, a especulação racionalista (daqueles que não se contentam com o Direito pela justificativa simplesmente positivista), sempre procurou encontrar uma inspiração, um conjunto de princípios que fossem permanentes e superiores para servir como ponto de referência para o justo ou injusto, para o ético e o moral daquilo que o contradiz.

Na busca desse núcleo de princípios superiores e imutáveis, os jusnaturalistas se deparam com o Direito Natural, concebido por Platão como "um direito ideal, como norma do legislador e do cidadão, como medida das leis positivas"[69].

O que as diferentes concepções jusnaturalistas apresentam em comum é a afirmação da existência de postulados de juridicidade anteriores e justificadores do Direito Positivo[70], que aos poucos foi construindo um Direito Moderno caracterizado como reconhecendo e implementando valores universais que antes se limitavam a minorias privilegiadas; talvez a característica mais própria da visão jusnaturalista do Direito seja o sentido de universalidade dado aos direitos do homem, como algo próprio de todos e de cada um.

Bodin, embora sustentasse o caráter absoluto da soberania, entendia que esta estava limitada pelo Direito Natural. Assim, o Direito Natural pode ser concebido como um diretivo e, ao mesmo tempo, um limite natural ao legislador de qualquer esfera, inclusive ao Poder Constituinte Originário.

Porém, mais difícil que conceituar Direito Natural é precisar-lhe a extensão, fixar o seu conteúdo de forma a enumerar os direitos que ele abrange. Daí aimportância inquestionável de que se revestiu o processo de positivação dos direitos,

---

e b) os direitos e garantias fundamentais do homem, preservados pelo direito internacional. Entrariam no grupo relativo aos objetivos da sociedade civil, os que atinam com a vontade das forças reais de poder, ou seja, esferas particulares, relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos políticos, desde os grupos organizados até os não organizados, os quais se expressam, politicamente, mediante a formação de grupos ou camadas sociais, participando, direta ou indiretamente, da formação da vontade coletiva, traduzindo a instituição que se estuda com o nome de pluralismo (político, jurídico, religioso, etc). Na realidade estes limites identificam-se com os "limites de fato" de acordo com a classificação feita pela doutrina citada anteriormente.

69. Apud LIMA, Hermes. Op. cit. p. 203.
70. LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.* Madrid: Tecnos, 1999, p. 54.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 223 5/3/2007 12:34:15

em especial, dos Direitos Humanos, constituindo um Direito Internacional que, de outro lado, estabelece valores que, ao mesmo tempo que constituem-se em diretivas, são também limitadoras do Poder Constituinte, primeiro, e do Poder Constitucional, depois.

Na perspectiva jusnaturalista, a positivação dos Direitos Humanos têm caráter puramente declarativo, havendo apenas um reconhecimento formal por parte do Estado, enquanto que, na perspectiva positivista, há uma criação desses Direitos pelo Estado pois, onde não existe lei positiva nem Estado, não há nenhum direito. A tese realista, por sua vez, entende que o processo de positivação tem em conta o efetivo e real desfrute dos Direitos Humanos, pois definem o conteúdo desses Direitos.

O processo de positivação dos Direitos Humanos fundamentais ocorreu tanto em nível Constitucional, a partir do Século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por motivo da Revolução Francesa, passando a marcar presença em praticamente todas as Constituições, quanto em nível internacional, através da Carta das Nações Unidas de 1945, seguida da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (10/12/1948).

Assim, com o processo de positivação dos Direitos Humanos, que elegeu a dignidade da pessoa humana como centro de sua proteção, declarando a igualdade de direitos e a liberdade, impulsionado pelo Direito Natural, opta-se, neste trabalho, por deixar de lado outras perquirições acerca de limites do Poder Constituinte Originário pelo Direito Natural. Como os limites impostos ao Poder Constituinte pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos são os que mais interessam neste trabalho, concebe-se os Direitos Humanos como um fragmento[71] do Direito Natural pois, muito mais importante que discutir se os Direitos Humanos são direitos naturais e inatos ou positivos e históricos é procurar efetivá-los, embora para efetivá-los e implementá-los seja necessário, antes, reconhecê-los e incorporá-los à legislação constitucional. Como observa Norberto Bobbio, o maior problema dos Direitos Humanos atualmente "não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los" [72].

Feito este esclarecimento e com base em todas as considerações que até aqui já foram feitas, é possível responder com segurança à indagação feita no início

71. Assim vislumbrava GRÓCIO, Apud BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 223: "GRÓCIO contribuiu, de modo decisivo, para a criação do Direito Internacional. Segundo ele, a lei natural que regula a convivência das diversas nações é o Direito das Gentes e esse direito é um fragmento destacado da lei natural".
72. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Caros Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 224 5/3/2007 12:34:15

deste trabalho: o Poder Constituinte Originário é limitado. E a limitação que mais interessa neste trabalho é aquela exercida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por isso, a necessidade de algumas considerações sobre este recente e importante ramo da ciência do Direito, que deve ser alçado à categoria autônoma por envolver normas e princípios próprios.

Verificado que o Direito Internacional funciona como verdadeiro limitador do Poder Constituinte Originário, especial relevo tem para este trabalho os limites impostos pelas normas internacionais relativas aos Direitos Humanos. Por esta razão, será visto de forma bastante sucinta, o sistema normativo internacional de proteção desses Direitos, no qual o Brasil se encontra inserido.[73]

Há tempos já se afirmava a existência de direitos fundamentais do homem, que independiam de reconhecimento do Estado, por serem inerentes a todos os homens. Desde a Revolução Francesa a liberdade inspirou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada como preâmbulo da Constituição francesa. Este discurso liberal marca o constitucionalismo moderno que se devincula das clássicas amarras da organização política do Estado para avançar na direção do envolvimento que este deve ter com os direitos e,liberdades individuais e coletivas.

Após as atrocidades cometidas na 2ª guerra mundial, o mundo percebeu que o homem precisava acordar para a existência de valores superiores, sob pena de se acabar com a própria semente da vida humana. A comunidade internacional passou a reconhecer, desde então, que a proteção dos Direitos Humanos[74] constitui tema de legítimo interesse e preocupação internacional. Esta preocupação se origina e se desenvolve particularmente após a segunda guerra mundial cujos feitos obrigam ao nascimento de uma cultura e de um Direito que nos poderíamos identificar como da Paz, se estabelece a cultura da paz e da cidadania no chamado Direito de pós-guerra. Percebe-se que o ser humano tem "direito a ter direitos"[75], conforme preconiza Hannah Arendt, expressão que define hoje o conceito de cidadania. Esta mesma pensadora nos diz que os Direitos Humanos não

---

73. O assunto pode ser estudado com profundidade na obra de PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1997, que constituiu uma das fontes de pesquisa para os registros aqui elaborados.
74. Adota-se a definição de Direitos Humanos, elaborada por MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 162 que assim se expressa: "O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais."
75. Este é o moderno conceito de cidadania.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 225 5/3/2007 12:34:15

são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução[76].

Importante questão neste ramo do Direito é que a proteção dos Direitos Humanos não fica restrita às competências dos Estados ou a uma jurisdição exclusiva, podendo os Estados subscritores dos tratados relativos a esses direitos contar inclusive com mecanismos de implementação e monitoramento de esferas supranacionais, conforme veremos logo mais.

A Carta das Nações Unidas de 1945 inaugura a consolidação do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, pois através delas os Estados, consensualmente estabelecem os propósitos das Nações Unidas. Esta Carta, embora se proponha a defender, promover e respeitar os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, não define o conteúdo dessas expressões. A missão de definição dessas expressões foi cumprida pela Declaração de 1948, como uma interpretação autorizada da expressão "Direitos Humanos".

Diante das diversas discussões acerca da natureza dessa Declaração e, mormente a resistência de alguns em atribuir-lhe força jurídica obrigatória e vinculante,[77] ensejou-se um processo de jurisdização da Declaração, dando origem à Carta Internacional dos Direitos Humanos (International Bill of Rights), integrada pela Declaração Universal de dezembro de 1948 e por dois Pactos Internacionais de 1966, que conjugam o valor da liberdade ao valor da igualdade: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estendem e ampliam os direitos previstos na Declaração de 1948. Com a instituição da International Bill of Rights inaugura-se o sistema global de proteção dos Direitos Humanos.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos têm aplicabilidade imediata e conta com um sistema de monitoramento que envolve a sistemática de relatórios encaminhados pelos Estados-partes (de caráter obrigatório) e a sistemática de comunicações interestatais (de caráter opcional), além da possibilidade de adicionar o mecanismo de petições individuais para exame do Comitê de Direitos Humanos (se o Estado assinar o Protocolo Facultativo relativo ao Pacto).

---

76. ARENDT, Hannah. *As origins do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro...1979. Cf. também Celso Laer. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988
77. Acompanha-se o entendimento esposado por aqueles que vislumbram na Declaração de 1948 força jurídica obrigatória e vinculante, uma vez que ela é uma interpretação autorizada da expressão Direitos Humanos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 226 5/3/2007 12:34:15

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem aplicação progressiva, de acordo com os recursos de cada Estado e o sistema de monitoramento envolve apenas a sistemática de relatórios, embora esteja em processo de elaboração Protocolo Facultativo que possibilite o mecanismo da petição individual, o que já Flavia Piovesan entende como reconhecido na interpretação dos doutrinadores[78].

Este sistema global encampando estes instrumentos de alcance geral aplicando-se, portanto, a todos os seres humanos – foi ampliado através da elaboração de diversos tratados multilaterais de Direitos Humanos voltados a um alcance específico, cuja meta é a proteção de grupos de pessoas particularmente vulneráveis, tais como mulheres ou contra determinados tipos de crimes como tortura, racismo.

Já existem no âmbito global um órgãos jurisdicionais com competência para julgar casos de violação de Direitos Humanos internacionalmente assegurados, o que Flávia Piovesan salienta como importante deste sistema normativo:

> Todavia, ainda que consideradas as limitações vigentes no sistema normativo global de proteção, a possibilidade de submeter o Estado ao monitoramento e controle da comunidade internacional, sob o risco do constrangimento (embarrassment), em face de uma condenação política e moral no fórum da opinião pública internacional, é importante estratégia a ser utilizada e potencializada pelos *indivíduos titulares de direitos internacionais.*[79]

No que se refere ao Tribunal Penal Internacional – TPI, a idéia não é recente existem precedentes históricos importantes que remontam a alguns séculos atrás. O Estatuto de Roma criador da idéia deste Tribunal, foi adotado em 17 de julho de 1998, por 120 votos favoráveis com 21 abstenções e sete votos contrários. Em 11 de abril de 2002, 66 países já haviam ratificado o Tratado, ultrapassando as sessenta ratificações necessárias para sua entrada em vigor. Em primeiro de julho de 2002 o Estatuto entrou em vigor e o Brasil o assinou em 17 de julho de 1998, ratificando-o em 20 de junho do ano de 2002.

O TPI representa um organismo jurisdicional da mais alta importância para julgamento de casos de violação de Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos e a serem implementados. Os crimes que o Tribunal Penal Internacional

78. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 Ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 32
79. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 326.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 227 5/3/2007 12:34:16

jurisdiciona se referem aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Trata-se de um Tribunal cujo significado representa o desenvolvimento de uma consciência internacional cujos efeitos tendem a garantir o reconhecimento da comunidade internacional no sentido de uma luta permanente para o estabelecimento de um Direito Internacional capaz de criar uma sociedade melhor para todos.

Importante destacar que este processo de expansão dos Direitos Humanos, ao que Norberto Bobbio denominava de o "histórico axiológico" ou "adquirido axiológico", está em constante elaboração e redefinição. Neste processo identificam-se hoje, **novos sujeitos de direito** e a correspondente criação de tutela jurídica específica no plano internacional. Estes novos sujeitos se identificam nas diversas **categorias vulneráveis** dos mais diferentes tipos, que devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social, são minorias culturais, minorias étnicas e nacionais, minorias sociológicas em geral.

No reconhecimento do direito à igualdade e, ao lado dele, na proteção ao direito à diferença, tem surgido no âmbito do sistema global e regional um vasto e consistente sistema de proteção jurisdicional como elemento de proteção complementar[80].

Ao mesmo tempo, desenvolve-se também um processo de reconhecimento de **novos atores** na ordem internacional e uma maior democratização dos instrumentos internacionais, com destaque para a diversidade de tribunais na área internacional[81]. Estes avanços têm criado um novo quadro e novas expectativas na visão e na efetividade de reconhecimento e implementação dos Direitos Humanos.

Vive-se hoje a emergência de novos atores internacionais, como as organizações internacionais em todos os níveis, blocos regionais com dimensões políticas, culturais, jurídicas e econômicas em todos os lugares do planeta, movimentos sociais, a sociedade civil internacional, organizações não governamentais de âmbito cada vez mais largo. Todo este complexo de instrumentos está sendo reconhecido pelos Estados nacionais e pela comunidade internacional na convicção de que não são mais os Estados que detém o exclusivo poder de decidir,

80. A respeito deste tema são muito ricas as contribuições da já freqüentemente referenciada Flávia PIOVESAN; dentre os muitos trabalhos da autora queremos destacar aqui *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2003.

81. Sugerimos a leitura de BARRAL, Welber. (org) *Tribunais Internacionais.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 228 5/3/2007 12:34:16

aceitando, e também, buscando ouvir o que a sociedade civil tem a dizer. Nos fóruns internacionais estas vozes estão sendo cada vez mais ouvidas.

De outro lado, as organizações e instituições regionais e globais de todos os setores, passaram a desenvolver um processo de incorporação da agenda dos Direitos Humanos

Ao lado do sistema normativo global, sistemas normativos regionais (na Europa, na América e na África) também foram criados para complementar e tornar ainda mais eficaz a proteção dos Direitos Humanos. Os dois sistemas (global e regional) convivem em perfeita harmonia, sendo complementares e sendo que, eventual conflito entre as normas, poderá ser solucionado com a escolha da norma mais favorável à vítima.

O sistema regional interamericano, no qual o Brasil se insere, solidificou-se através da Convenção Americana de Direitos Humanos, assegurando um catálogo de direitos civis e políticos similar ao do Pacto relativo aos mesmos direitos do sistema global. Para monitoramento e implementação dos Direitos Humanos, o sistema regional da América conta com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que alcança todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em cuja competência se inclui o exame de comunicações encaminhadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, contendo denúncia de violação de direito consagrado na Convenção. Ao contrário do que se passa no âmbito global, não há necessidade de assinatura de Protocolo ou manifestação expressa do Estado para aceitar essas comunicações, pois, tão logo o Estado se torne parte da Convenção, ele aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão.

Ao contrário do sistema global, o sistema regional Americano conta com um órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência consultiva para todos os Estados membros da OEA e jurisdicional (com força jurídica vinculante e obrigatória) para os Estados que reconheçam tal jurisdição. Esta Corte possui inclusive um aparato de medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis.[82]

O Brasil já firmou diversos Tratados de proteção de Direitos Humanos que situam-se tanto no âmbito global como no regional, estando portanto, obrigado a observar as prescrições de todas as normas protetoras desses direitos, às quais se obrigou.

---

82. Embora o sistema Americano conte com o aparato normativo referido, sua aplicação ainda é tímida.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 229 5/3/2007 12:34:16

A importância da criação de organismos internacionais capazes de elevar o tema Direitos Humanos para uma seara além das fronteiras dos Estados, extrapolando pois o domínio reservado destes, e com competência para monitorar estes Estados, se deve ao fato do reconhecimento de que esses Direitos abrigam valores superiores, constituindo tema de legítimo interesse internacional. Confira o magistério de Flávia Piovesan:

> Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.[83]

Voltando ao foco do nosso temas em questão, estes direitos fundamentais do homem, direitos que o homem possui pelo simples fato de sua existência - direitos que devem ser preservados para se preservar a própria semente da vida humana – legitimam a existência de limites ao Poder Constituinte Originário pois, à medida em que se alargam os limites dos direitos individuais, diminui o campo de ação sobre o qual a soberania do Estado pode penetrar, diminuindo, também, o poder e a margem de intervenção do Poder Constitucional, quando não enquadrado naquela normatização internacional.

Salienta Telma Berardo:

> A distinção entre ordem interna e ordem internacional, bem como o próprio conceito de soberania, não podem mais ser um escudo utilizado pelos Estados como meio de se esquivarem de suas obrigações em face dos cidadãos de seu e dos outros Estados. O constitucionalismo moderno e o desenvolvimento da normatividade dos princípios não permite mais que o Estado ignore suas obrigações para com seus cidadãos, bem como para com os demais Estados...
>
> Não pode mais ser aceita a soberania como modo de inviabilizar a proteção dos indivíduos, pois este é o fim maior do direito...
>
> Negar tal fato, além de negar a soberania do povo, seria negar o Estado Democrático de Direito, e retornar a um Estado absoluto, deixando todos os poderes nas mãos do soberano, negando todas as conquistas que foram sendo alcançadas e positivadas no longo dos últimos séculos.[84]

E conclui a autora seu raciocínio, invocando o Discurso proferido na abertu-

83. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p..31.
84. BERARDO, Telma. *Soberania, um novo conceito?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 10, n. 40, jul-set/2002, p.43

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 230 5/3/2007 12:34:16

ra da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos, citado por Antônio Augusto Cançado Trindade:

> Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo.[85]

Embora compartilhando do mesmo pensamento, Juventino de Castro Aguado, co-autor deste texto, nos previne no sentido de que "é necessário precaver-se; para os Estados mais enfraquecidos, seu poder de contestação política e econômica, envolver-se indiscriminamente nas novas tramas das relações internacionais, pode não ser tão beneficiososo quanto prega a ideologia globalizante".

Se, de um lado, a soberania, como conceito histórico, deixou de ter validade para fins de caracterização da época atual que exige o enfraquecimento do ente estatal, é necessário, de outro lado, termos o receio das relações assimétricas que podem colocarmos em situação de sobrevivência.[86]

È certo que aos Estados periféricos lhes é dificultado o exercício desta soberania ao sofrer as mais diferentes formas de pressão para que promovam a sua necessária abertura ao processo econômico-comercial da proposta de neoliberalismo global. Esta postura crítica, sem dúvida necessária, não nos pode atolar no caminho que nos conduza ao nosso fortalecimento na meta de uma maior integração internacional pelas mãos de nossa soberania.

Se, de um lado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos representa uma limitação à soberania do Estado, à medida que este Estado procura cumprir ao máximo as normas relativas aos Direitos Humanos, à medida que este Estado efetiva a cidadania, sua soberania se reforça. Se, por um lado, o descumprimento dos Direitos Humanos é motivo para ingerências dentro das fronteiras do país, por outro lado, o cumprimento desses Direitos reforça o sentimento cívico, enaltece a nação e o Estado se impõe na esfera internacional.

O Poder Constituinte que elaborou a atual Constituição brasileira (1988), deixou mostras bem claras do reconhecimento da existência desses limites[87].

---

85. Idem. P. 44.
86. A Soberania dos Estados: o paradoxo da integração. *Jornadas de Derecho Internacional*. (Florianópolis, Brasil) Organização de Estados Americanos, Washington, DC: Secretaría general, 2003, p.105
87. Em que pese o Brasil somente tenha ratificado diversos tratados relativos aos Direitos Humanos após 1988, ele já havia ratificado diversos tratados (Carta das Nações Unidas em 21.09.45; Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10.12.48; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 01.02.84; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial em 27.03.68).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 231 5/3/2007 12:34:16

A República Federativa do Brasil, declarando sua Constituição num Estado Democrático de Direito, elegeu dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e elencou o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.

Este também é o entendimento esposado por Flávia Piovesan, que vislumbra no texto constitucional um inegável reconhecimento da existência de limite à soberania estatal, conforme pode-se ler:

> A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direito humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de as flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos.[88]

Na esteira daquele raciocínio, Leomar Barros Amorim de Sousa também entende que, os Direitos Humanos são limitações inquestionáveis ao Poder Constituinte, vejamos:

> Somente por força de expressão conceitual se pode chamar o poder criador de uma Constituição de incondicionado, livre de quaisquer limitações ou condicionamentos. Os limites existem, a começar da meta a alcançar, do fim colimado pela Assembléia que se agrupa para elaborar a Constituição. As conquistas sociais, os Direitos Humanos, a internacionalização dos direitos do homem, a experiência jurídica, a interpretação da Constituição (os juízes irão exprimir-lhe o alcance) são pontos de referência que se podem analisar como marcos a fincar lindes na atuação do poder constituinte.[89]

São, portanto, novos valores incorporados pela sociedade não só brasileira, mas também pela comunidade internacional, pelos diferentes Estados, o que dá fundamento ao novo constitucionalismo, emoldurando seus contornos, dando-lhe sentido e poder, e também limitando este mesmo poder.

Importante destacar que a problemática referente aos direitos humanos é que dá a tônica ao constitucionalismo moderno. "A afirmação primeira do constitucionalismo dá-se pela declaração dos direitos da pessoa humana" [90].

---

88. PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 69.
89. SOUSA, Leomar Barros Amorim. *Os Direitos Humanos como Limitações ao Poder Constituinte.* Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 28, n. 110 abr/jun 1991.
90. Pardo, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Novos Conceitos. In: DOBROWOLSKI, Silvio. Op. Cit. p. 253.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 232 5/3/2007 12:34:17

Entende, também, Edvaldo Brito que os direitos e garantias fundamentais do homem preservados pelo Direito Internacional são limites ao Poder Constituinte Originário, vislumbrando que é inegável a interferência que o Direito Internacional exerce na esfera doméstica, e isto em ritmo progressivo, influenciando e limitando o Poder Constituinte, seja qual for o sistema adotado pelo Estado para incorporação das normas de Direito Internacional, seja pela teoria monista ou dualista[91]. Assevera com pertinência que é impossível vedar a permeabilização da ordem constitucional pelos preceitos internacionais, seja qual for o sistema jurídico que explique a repercussão da ordem internacional na ordem interna. Confira suas palavras:

> A permeabilização comporta o exemplo do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988; ou o do tratado na união européia (Maastricht); ou o da chamada Lex Mercatória, isto é, o conjunto de normas, regulamentos e práticas internacionais de comércio que, padronizadas, são aplicadas por todos os países que operam no comércio internacional"
>
> Os preceitos do direito internacional, nos moldes, expostos, são limites transcendentes à ordem constitucional positivada e, assim, são eficazes na limitação do exercício da competência reformadora e, em certa medida, ao do próprio poder constituinte...[92]

Este pensamento decorre da idéia de que há uma limitação da própria soberania do Estado em favor dos Direitos Humanos. Confira a explicação de Richard Pierre Claude e Burns H. Weston:

> A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o Século XX, em especial em face das consequências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos...
>
> Não mais poder-se-ia jurar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional.[93]

Os Direitos Humanos, portanto, constituem diretiva para atuação do Poder Constituinte.

---

91. Pela teoria monista o Direito Internacional e o direito Interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna. Já pela teoria dualista existem duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas (a ordem jurídica nacional e a internacional), que não apresentam qualquer contato e nem mesmo interferência, embora possam e devam apresentar-se como complemento uma da outra e deva, tamb.
92. BRITO, Edvaldo., Op. cit. p. 92 e 98.
93. Apud PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 141.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 233 5/3/2007 12:34:17

Importante salientar que a moldura definidora dos Direitos Humanos é flexível de forma que, com o decorrer do tempo, a tendência destes será abarcar cada vez mais em seu conceito, outros direitos, podendo ser citado como exemplo o relativo ao meio ambiente[94] – que já constitui grande preocupação mundial.

Caberia aqui uma referência ao avanço da consciência humana em face de uma melhor compreensão de todo este processo; é o "histórico axiológico" a que se refere Bobbio e que nós já anotamos em páginas anteriores.

Todas estas exposições levam a crer que os Direitos Humanos constituem limite ao Poder Constituinte Originário, sendo de toda utilidade a elaboração de tratados internacionais de proteção destes Direitos.

No outro aspecto da questão, quebra-se também o dogma da autonomia do Poder Constituinte Originário, ao mesmo tempo em que propõe seja esclarecida a questão da inicialidade deste poder.. Essa inicialidade somente pode ser afirmada sob um aspecto interno pois, toda vez que um Estado se reorganiza, que dá início a um ordenamento jurídico novo, carrega consigo o peso dos compromissos e das normas de Direito Internacional.

Encerramos este raciocínio, um pouco longo, com as palavras de Saldanha:

> ...a existência de limites para o Poder Constituinte, tratando-se de limites inclusive jurídicos, postula aliás a consideração do dito poder como poder em certo sentido constituído, poder que, ao perpassar através das cartas constitucionais que cria, vai-se condicionando pela legalidade contínua por elas colocada, condicionando-se por esta ordem enquanto apareça como poder instituído. Considerar a todo poder de criar Constituição como poder ilimitado seria omitir-lhe todo o caráter jurídico.[95]

7. LIMITES À COMPETÊNCIA REFORMADORA

O Poder Constitucional não é um poder fechado, inquestionável e intangível; a eventual ou eventuais necessidades de alterações constitucionais permite e faz prever um Poder Reformador.

---

94. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 31-32, lecionam que "o direito ao meio ambiente, em verdade, é pressuposto de exercício lógico dos demais direitos do homem, vez que, em sendo o direito à vida ' o objeto do direito ambiental', somente aqueles que possuem vida, e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais, da personalidade e políticos do ser humano." Daí se verifica a íntima relação entre os direitos humanos e o meio ambiente.
95. Apud LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 102.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 234 5/3/2007 12:34:17

Ao mesmo tempo que o Poder Constitucional encontra barreiras e limites[96], este mesmo poder se reforça a si próprio estabelecendo um poder reformador que lhe garanta uma sobrevivência viável

Em que pese não se vislumbre na Competência Reformadora a manifestação de um "Poder Constituinte", o estudo dos limites impostos a esta Competência é feito neste trabalho por questão didática, já que torna-se prático analisar, num mesmo trabalho, os limites impostos tanto ao Poder criador da Constituição quanto à Competência instituída para alterar esta Constituição e, também, identificar o próprio Poder Constitucional.

Inaugurada a ordem jurídica através da Constituição, espera-se desta uma longa vida que garanta uma estabilidade das instituições por ela reguladas, enfim, espera-se dela a permanência necessária para a segurança jurídica por ela imposta. As experiências de certas Constituições, como por exemplo a dos Estados Unidos da América e outras, mostram como são fortes estas restrições.

Na era do iluminismo, no século XVIII, pretendiam alguns até mesmo a imutabilidade da Constituição, havendo pessoas que chegavam, até, a pedir a implantação da pena de morte para quem mesmo "ousasse propor" reforma da Constituição.[97]

Esta idéia de imutabilidade provinha do pensamento de que a Constituição era o produto lógico racional e absoluto, válido para todas as gerações, portanto, não passível de alteração, algo totalmente impensável no dinamismo da realidade atual, onde o Direito é visto como profundamente conservador e incapaz de acompanhar a velocidade das negociações e das relações sociais.

Essa tendência não passou desapercebida para Paulo Bonavides e Paes de Andrade que assim lecionam:

> Uma das características primaciais do Estado liberal, derivado do constitucionalismo da Revolução Francesa, fora em relação à lei fundamental o excesso de formalismo e rigor com que se intentava fazer intangíveis, tanto quanto possível, os dispositivos consagrados pelo órgão da soberania nacional, subtraindo-os à mudança e ao abalo das crises ou fiando deles a continuidade perene das instituições.
>
> Dessa visão em que imperava o racionalismo filosófico do contrato social, emergiam as esperanças de uma ordem política mais estável, com base num sistema

96. A este respeito lembramos o texto já referenciado de Luís Roberto BARROSO. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira.*
97. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 196.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 235 5/3/2007 12:34:17

> social assentado sobre a legitimidade dos poderes e de modo algum sujeito às surpresas e variações do arbítrio constituinte das ditaduras.[98]

Essas influências que apareciam no constitucionalismo francês puderam ser verificadas no Brasil, na Constituição Imperial, pelo cuidado com o qual o Poder Constituinte procurou cercar a Constituição, protegendo-a com garantias formais de continuidade de seu texto.

No extremo oposto encontram-se autores que não só sustentam que a Constituição é passível de reforma, como sustentam ainda que o Poder Constituinte Derivado não está sujeito a nenhuma limitação, nem mesmo àquelas expressas no próprio texto da Constituição.

O reconhecimento, porém, de que a sociedade não é estática, muito pelo contrário, de que a evolução das relações sociais traz consigo novos padrões de conduta, novos valores, e a aceitação de que suas concepções são suscetíveis de mudança, fez imperar que até mesmo a Constituição necessita se adaptar aos avanços da sociedade.

Ressaltando que as normas, sejam elas ordinárias ou constitucionais, são por natureza contingentes, peculiar a um período histórico, correspondente a um estado social, própria de um consenso jurídico que varia no tempo e se altera progressivamente, salienta Pedro Calmon[99] que é um vão idealismo o pacto constitucional perpétuo, ou melhor, por muito longo tempo.

Conhecedor da existência de uma realidade mutável, Sieyès, sobre o qual nos referiremos um pouco adiante, salientava que a Lei Constitucional obriga os poderes constituídos, não o Poder Constituinte, do qual era titular a nação, portanto, esta poderia ditar a norma suprema a qualquer momento que quisesse. Porém, na idéia de Sieyès, a adaptação da Constituição significava uma nova manifestação do Poder Constituinte Originário, portanto, uma nova Constituição, ao menos, uma Constituição mudada em alguns de seus aspectos.

O Direito, como nós já vimos anteriormente, tem possibilidades e limites. Foi Emmanuel Joseph Sieyès, um dos inspiradores da Revolução Francesa e autor do célebre *Qu'est ce que le tiers état*, o formulador, pela primeira vez, da distinção entre o Poder Constituinte e o Poder Constituído, reafirmando também

98. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 231/232.
99. CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 347.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 236 5/3/2007 12:34:17

a superioridade da Constituição sobre qualquer outro tipo de lei. Embora hoje se reconheça, sem polêmicas, que o Poder Constituinte originário sofre limitações metajurídicas, de caráter político, econômico e social, Sieyès nos trouxe a idéia da "ausência de limitação jurídica ao poder constituinte que não sofre restrição alguma do direito positivo anterior".[100]

Acolhendo as idéias de Rousseau, que entendia ser contra a natureza e contra a razão impor leis que não pudessem ser revogadas, a Constituição francesa de 1791 reconheceu à nação o direito imprescritível de elaborar as reformas na Constituição que se julgassem necessárias, devendo ser empregados os "meios" previstos na mesma Constituição. Estava criado, assim, o que a doutrina passou a chamar-se Poder Constituinte "Derivado" ou "Instituído", ou "Competência Reformadora", sendo esta última denominação a da nossa preferência.

Assim, todas as vezes que a Constituição precisar de ajustar suas normas para adequar-se à dinâmica da realidade e a vontade do momento, sem rompimento com a ordem vigente, o órgão instituído como Competência Reformadora é chamado a manifestar-se. Esta manifestação se dá através de um procedimento específico determinado no próprio corpo da Constituição, instituído, portanto, pelo Poder Constituinte Originário, cujo objetivo será elaborar reformas[101] nas normas Constitucionais. Sua natureza de Poder "jurídico", não suscita discussões, ao contrário do que ocorre com o Poder Constituinte Originário. Enquanto o Poder Constituinte Originário desperta debates acerca de sua natureza, titularidade etc..., todas as discussões desaparecem quando se fala em "Poder Constituinte Derivado", pois, para saber a quem ele pertence, para saber sua natureza, basta dirigir-se à Constituição. Aliás, para os positivistas, o único Poder suscetível de ser analisado juridicamente é o "Poder Constituinte Derivado".

Este procedimento específico de alteração da Constituição é próprio do sistema de Constituições rígidas pois, nas Constituições flexíveis o processo de alteração de suas normas é o mesmo previsto para a modificação da legislação ordinária.

Na atualidade, a maioria das Constituições contam com regras próprias para sua alteração, e não poderia ser diferente. Assim, se a possibilidade de alteração da Constituição já foi questão discutida, hoje a idéia é aceita e executada com

100. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 70.

101. Muito já se discutiu acerca das terminologias reforma, revisão, emenda ou modificação constitucional, havendo vacilação no emprego desses conceitos. Assim, neste trabalho será adotado o termo reforma que é o gênero que abrange as espécies de mudança formal da Constituição: a emenda e a revisão.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 237 5/3/2007 12:34:18

tranqüilidade. Aliás, a possibilidade de alteração do texto constitucional é condição indispensável para que ela possa perdurar. É necessário que a Constituição contenha normas que permitam que ela se adapte adequadamente às novas exigências, aos progressos da humanidade e aos novos processos que suscitam o devir da vida de seu povo. Uma Constituição estável é aquela que se deixa permear pelas novas experiências sem necessidade de rompimento da ordem geral, voltando ao estado natural para chamar de volta o Poder Constituinte Originário. Neste esquema, o Poder Constitucional tem um quadro mais tranqüilo para a manifestação de si próprio. Por isso é que Therezinha Lucia Ferreira Cunha registra:

> A norma constitucional há de ser estável, mas não estática;
>
> ... Toda organização perdura enquanto renasce. A reforma da Constituição é uma necessidade imposta pela época e pelas necessidades de uma maior perfeição orgânico-institucional. Por maior que seja o senso de previsão do constituinte, o mundo evolui de maneira tal que o que se estabelece recebe influências por força de fatos novos e decisivos. A evolução é para os povos um fator de rejuvenescimento indispensável[102].

Porém, se por um lado a teoria pela possibilidade de reforma da Constituição foi aceita, ao estabelecer normas próprias para a alteração da Constituição, o Poder Constituinte Originário delimita o campo de ação da Competência Reformadora, cuja função é promover as alterações necessárias no texto constitucional. Em geral, o procedimento estabelecido conta com algumas dificuldades, cujo objetivo é preservar os princípios postos pelo Constituinte Originário, para perpetuação de um determinado regime. Em contraste com o Poder Constituinte Originário, esta competência decorre de um texto legal (a Constituição), apresentando, portanto, características de derivação, subordinação e condicionamento.

A **derivação** significa que o "Poder Constituinte Derivado" retira seu fundamento de validade no próprio Poder Constituinte Originário, que por sua vez busca seu fundamento de validade no jusnaturalismo, conforme comentado em páginas anteriores. É a Constituição, obra do Poder Constituinte Originário que dá autoridade à Competência Reformadora e dá força ao Poder Constitucional. É deste traço que decorrem as demais características desta Competência Reformadora.

---

102. CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. *Poder constituinte e Poder de Revisão Constitucional. O controle da constitucionalidade da emenda constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 22, abr/jun, 1985, p. 74.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 238 5/3/2007 12:34:18

É também **subordinada** porque obedece a um Poder maior, ao Poder Constituinte Originário, através das regras de fundo fixadas na Constituição. Estas regras de fundo podem ser explícitas ou implícitas.

Diz-se, ainda, que ela é **condicionada** porque obedece às condições e formas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

A Constituição Federal de 1988, vigente em nosso país, atribuiu a missão de reforma do texto constitucional ao Congresso Nacional, no artigo 60, parágrafos 2º e 3º. Assim, a Competência Reformadora nacional foi incumbida a um órgão *constituído.* Como salienta José Afonso da Silva,

> como esse poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar em competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau.[103]

8. O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SEU TITULAR

Também é uma questão lógica a não possibilidade da Competência Reformadora alterar o titular de quem lhe conferiu poderes de reforma, pois os poderes do "Poder Constituinte Instituído" são indubitavelmente diminutos em relação aos poderes do Poder Constituinte Originário. Não pode a criatura transformar o criador.

Nosso histórico de Constituições mostra entretanto, que todas as vezes que este Poder foi usurpado, o usurpador procurou esclarecer que seus atos de outorga de Constituição foram feitos para atender às "aspirações do povo brasileiro", como aconteceu com as Cartas de 1824 e de 1837, ou em razão de justificativas escusas e de interesses duvidosos, pela suas características ideológicas, por exemplo, na ocasião das Constituições de 1967 e 1969, durante a época do regime militar.

9. OUTRAS SITUAÇÕES DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de chegarmos ao final deste trablaho, uma última questão não poderia deixar de ser colocada – notadamente porque suscita interesse no presente trabalho – é a análise sobre a possibilidade de alteração total da constituição através de emenda.

---

103. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 1999, p.67.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 239 5/3/2007 12:34:18

Paulo Bonavides[104] entende que, silenciando a Constituição sobre a possibilidade de sua alteração total pela Competência Reformadora, há um limite tácito referente à extensão da reforma, pois admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade. Canotilho salienta que "...nos ordenamentos constitucionais onde tal possibilidade não está consagrada, *expressis verbis,* costuma entender-se que a revisão total é um limite da revisão parcial".[105]

A tese de possibilidade de uma reforma completa da Constituição, ao ponto de ab-rogá-la é aceita por alguns autores, baseando-se na teoria do Poder Constituinte do regime representativo[106]. Segundo esta teoria o Poder Constituinte tem existência prévia em uma organização constitucional da qual ele legitimamente emana para o desempenho de sua função. É o Poder Constituinte Constituído, e o Poder Constitucional, de caráter jurídico. Por este, firma-se o entendimento de que o princípio jurídico ou a regra de legitimidade segundo a qual a Constituição nova deriva da Constituição velha, ou seja, toda a produção constitucional obedecerá sempre os moldes preestabelecidos na Constituição.

Analisando esta teoria, Paulo Bonavides chama a atenção de que:

> Considerando assim pelo aspecto jurídico, nessa amplíssima latitude, todo poder constituinte, ainda quando tenha por tarefa fazer uma nova Constituição, é a rigor poder constituinte constituído[107].

Ocorre que, conforme já analisado, este Poder Constituinte do sistema representativo nada mais é que a Competência Reformadora já analisada, que se manifesta nos limites ditados pela Constituição. Portanto, a reforma total da Constituição somente poderá ocorrer se houver autorização expressa para tanto.

Por outro lado, mesmo nestes casos, a inconveniência de disposições neste sentido é vislumbrada. Em primeiro lugar porque a reforma total da Constituição significa alterar o "espírito, o cerne da Constituição"[108]. E, quando uma Constituição necessita de uma reforma total é porque suas bases não constituem mais o

104. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.
105. CANOTILHO, J.J.Gomes. Op. cit. p. 948.
106. Diz-se teoria do regime representativo porque o Poder Constituinte, residente na Constituição, se serve de determinados órgãos de caráter representativo para movimentá-lo.
107. BONAVIDES, Paulo. *O Poder Constituinte.* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. 10, jun/77, p. 100.
108. Para SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. *Poder Constituinte e Poder de Reforma.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 34. Ano 9, jan/mar/2001, p. 235 "o termo reforma constitucional designa os limites de exercício do poder que não pode exceder portando modificações inteiramente disformes da ordem precedente. Sob esse prisma, comungamos com o entendimento do Professor Crisafulli

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 240 5/3/2007 12:34:18

sustentáculo do Estado, a norma não se ajusta aos fatores reais de poder, o Poder Constitucional entrou em falência.

Conforme salienta Canotilho,

> Num plano político, a consagração da cláusula de revisão total pode encarar-se como 'válvula de escape' para situações em que o documento constitucional deixou de ter força normativa. Nestes casos, porém, é mais normal a transição revolucionária (Portugal em 1974, ex-países do Leste) ou a transição por transação (Espanha, Brasil) do que a revisão total da constituição. Daí o facto de os autores lhe assinalarem um valor prático relativamente diminuto.[109]

Quando a norma constitucional deixou de ter eficácia, os processos políticos – geralmente dotados de procedimentos revolucionários – que desembocam a reforma, acabam por ditar o modo pelo qual a reforma acontecerá, esquecendo, portanto, os ditames previstos para a alteração. Neste sentido é o entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

> É verdade que em vários desses Estados onde estão contempladas essas normas, os processos políticos superaram a previsão constitucional e impulsionaram moto próprio as reformas, superando as barreira formais estabelecidas por via de adoção de procedimentos revolucionários.[110]

Assim, o valor prático dessas disposições é reconhecido como deveras diminuto. O mesmo autor salienta a inocuidade da proibição de reforma pois, se a reforma tiver de ser feita porque os fatores reais de poder estão a agitar os interesses, a reforma se fará, com ou sem previsão ou aceitação constitucional. A utilização de dispositivo permitindo a reforma total existe apenas para escamotear uma nova incidência do Poder Constituinte revolucionário.

Podemos afirmar que a manifestação do Poder Constituinte revolucionário – forma natural do processo de evolução do Estado – decorre da ineficiência na detenção do poder pelo seu detentor, dito noutras palavras, o Poder Constitucional e seu respaldo, os fatores reais do Poder, estão enfraquecidos ou demasiadamente diluídos. E justamente para obstaculizar os processos revolucionários, é que as Constituições elaboram disposições para se proteger. Porém, o sucesso

---

(1970:103) quando categoricamente afirma que modificar a Constituição não seria a mesma coisa que substituí-la por outra, radicalmente diversa; pois nenhum poder constituído seria a tanto autorizado, sem contradizer com a própria Constituição que lhe deu legitimidade. A idéia do Professor Crisafulli é muito simples. Na medida em que o legislador constituinte derivado altera radicalmente a Constitucionalmente vigente, tornando-a seu texto irreconhecível, epistemologicamente o próprio conceito de modificação-reforma entraria em crise, como igualmente sucederia ao conceito de Poder Constituinte Derivado".

109. CANOTILHO, J.J.Gomes. Op. Cit. p. 948.

110. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 150.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 241 5/3/2007 12:34:18

dos empreendimentos revolucionários não estão na ordem direta do sistema protetivo da Constituição, mas na ordem do equacionamento das questões sociais, políticas e econômicas e também jurídicas.

Na realidade, a conclusão a que se pode chegar é a de que ao estabelecer regras, dando espaço para a revisão da Constituição, o que se pretende é – conforme salienta o autor anteriormente citado - eludir a eclosão dos processos revolucionários criando, em contrapartida, Constituições praticamente imorredouras.

Não se evita, porém, a revolução com normas. A revolução é um meio através do qual o Poder Constituinte se manifesta para mudar a organização constitucional existente. Se a Constituição reflete o fatores reais de poder, se as instituições por ela criadas são fortes, não serão normas que impedirão a eclosão de processos revolucionários mas a falta de ambiente propício à sua manifestação.

Por tudo isto, é possível depreender a inocuidade de disposições constitucionais neste sentido. Na análise da Competência Reformadora, o que faremos noutra oportunidade, poderemos defrontar-nos com um caso na história das Constituições brasileiras e já referido, em que houve a reforma total da Constituição, em 1969. A Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967 (13-12-1968), reformou inteiramente esta Constituição, tanto é que grande parte dos autores citam como Constituição de 1969 a Emenda 1 da Constituição de 67. Cabe questionar: a quantas andava o Poder Constitucional?

10. AS NOSSAS CONCLUSÕES

Indubitavelmente, há uma crise hoje no Direito Constitucional centrada, principalmente, na perda da força normativa da Constituição; de outro lado, há, também, uma proposta globalizadora e globalizante, uma proposta pós-moderna que trás consigo um questionamento das estruturas e dos conceitos ainda em vigor. Estas estruturas e conceitos que, classicamente, deram forma racional às nossas condições de vida, concedendo ao Estado um contexto normativo suficiente (e exclusivo?) para ele desempenhar sua função e dele nos termos a expectativa do desempenho de seu adequado papel. Estas estruturas e conceitos estão na dependência de um Direito Constitucional que representa o esgotamento desta anterior racionalidade onde os fatos se sobrepõem às normas.

É o que nós temos denominado em outras análises de "pós-modernidade", em substituição à estrutura da modernidade onde a organização política do Estado dava a este o poder de manter este mesmo poder e de reorganizar o próprio poder.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 242 5/3/2007 12:34:19

Com os poderes diluídos e os interesses econômicos e, às vezes, também políticos, caindo nas mãos de empresas transnacionais, são estas que passam a definir o quadro jurídico que melhor corresponda aos próprios interesses e, é claro, raramente aos interesses coletivos. Numa sociedade dividida, a ordem jurídica espelha a vontade da classe dominante e tende a proteger os valores que atendam seus anseios. Esta ordem jurídica "transformada" não se localiza somente nas normas constitucionais, mas se reflete em todo o Sistema Jurídico infraconstitucional.

Com isto, reiteramos o que desde há tempos viemos constatando e também analisando, isto é, que o poder político do Estado e seu poder de regulação jurídica estão em franca decadência ou, ao menos, em uma inevitável reestruturação e redefinição[111].

Nem tudo, porém, está acabado ou acabando; o mestre constitucionalista Canotilho afirma que "o Estado não desaparecerá totalmente do discurso político constitucional: ele constitui a forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas"[112].

Mas este Poder Constitucional que dá respaldo e cobertura ao poder político e de regulação jurídica do Estado, se mantém e se reforça na medida em que a norma constitucional se conecta ao contexto sócio-cultural onde se encontram as necessidades, as vontades, os interesses e os sentimentos das coletividades, das comunidades e dos indivíduos.

Há uma evidente redução dos espaços políticos como conseqüência do fenômeno globalizante em que vivemos e, aí, a figura do Estado e seu poder fica reduzida à sua capacidade de compreender e se comprometer com estes interesses, sentimentos etc. que a norma constitucional tenha sido capaz de incorporar.

Dentro deste quadro todo, dois aspectos importa destacar: primeiramente, os Estados nacionais se enfraquecem na medida que não podem mais controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais e seu poder de intervenção. A interdependência mundial de diversos processos acaba reduzindo de fato o poder de decisão dos Estados Nacionais. Ao mesmo tempo, ocorre o fortalecimento de algumas das instituições multilaterais (FMI, Banco Mundial, OMC) cuja ideologia fundamental se situa no livre comércio como panacéia para todos os males da

111. AGUADO, Juventino de Castro. As novas formas do Estado e do Direito em face da nova ordem global. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência,* v. 81 – ano 7, set/2006, p. 11-19.Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. Ribeirão Preto. SP.

112. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p.15.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 243 5/3/2007 12:34:19

economia mundial. Hoje elas decidem, deixando os Estados e Direitos nacionais no escanteio...; disto não escapam, nem sequer, as Leis Maiores.

Os governos nacionais já não são capazes de controlar o fluxo de pessoas, bens de capital financeiro, idéias, drogas, armas ou o que mais transite entre suas fronteiras.

O Estado liberal, ideologizado pelo Neoliberalismo, é aquele onde a interferência na vida social é mínima e sua atuação reguladora e supervisora sofre diminuição; baseia-se nas idéias de liberdade e igualdade; porém, isto entre desiguais fica injusto... ! Os Estados nacionais estão se desfazendo do seu poder de presença e interferência, especialmente na regulação do campo econômico e nos seus compromissos sociais. Com isto, perdem *status*, perdem poder.

Em segundo lugar, é necessário levar em conta, também, o histórico artificialismo da formação dos Estados nacionais (a partir do Século XVI) como produto histórico provocado e a não configuração natural de organização política. Sua superação, ou tentativa de "descarte", através de outras formas de organização deve ser vista como mais um processo histórico tão conflitivo e retilíneo quanto foi sua origem e formação. Nada de estranho se um dia ele definhar...,se foi artificial e imposto seu nascimento, por que não poderá ser assim também a sua "morte"? (Octávio Ianni). O declínio do Estado–nação é evidente, especialmente quando ele é considerado como unidade politicamente organizada.

Nessas circunstancias todas, o Poder Constitucional, que tem como premissas o Poder Constituinte e os fatores reais de poder (Lassalle), identificados na sociedade politicamente organizada, deixa o Estado sem a necessária retaguarda aos seus poderes.

Mas é necessário, também, destacar duas observações conseqüentes:

Embora haja uma natural tendência à superação dos Estados nacionais; em face à dimensão dos atuais problemas jurídicos, econômicos, políticos, étnicos, ecológicos, conflitos políticos ou de geopolítica gerados pelo terrorismo internacional (2001-Nova York, 2003- Madrid e 2005-Londres) etc, parece cada vez mais necessária a existência de instituições de alcance mundial para responder adequadamente a essa grande dimensão dos problemas. Não é muito provável, porém, que a transferência de soberania política das instituições nacionais às globais se produza com mais agilidade do que a formação dos Estados nacionais diante das desunidas e falidas instituições feudais (séc XVI em diante). Mas é de se considerar sintomático o fato de que comece a haver uma busca de maiores comprometimentos internacionais, colocando como referencia, talvez a maior de

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 244 5/3/2007 12:34:19

todas, uma Cosntituição comunitária como está começando a projetar-se entre os países da União Européia – UE.

Há também um certo movimento inverso, como obstáculo a essa superação dos Estados nacionais, representado no assincronismo histórico dos processos de desenvolvimento. Se por um lado surgem organismos internacionais, por outro lado há um renascimento de reivindicações nacionais (ex-URSS, ex-Yugoslávia, alguns nacionalismos dentro de alguns Estados na Europa, na África, no Canadá, etc) onde se buscam identidades nacionais, culturais e étnicas que reafirmam suas diferenças, referidas a um território a ser consolidado, às vezes diminutamente localizado.

O Estado-nação não só está sendo questionado pelas estruturas globais e ideologias neoliberais, também o está pelas diversidades e minorias culturais, nacionais e étnicas localizadas no interior deste Estado - nação.

Se, como dizíamos no texto deste trabalho, a Constituição deve levar em conta as motivações sociais da dinâmica política, integrando-as progressivamente, é necessário sintonizá-la com a realidade social e conformá-la juridicamente. Se isto não ocorrer estará sendo impedido o surgimento de um sentimento constitucional a que Luís Roberto Barroso se refere com freqüência em seus trabalhos e que colocará as premissas do Poder Constitucional e, por conseqüência, também do poder político e jurídico do Estado, bem como uma maior segurança jurídica para a convivência social.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Juventino de Castro. A soberania dos Estados: o paradoxo da integração. In *Jornadas de Derecho Internacional*. (Florianópolis, Brasil). Organización de los Estados Americanos –, Washington, DC: Secretaría General. 2003, p. 91 a 110.

_____. As novas formas do Estado e do Direito em face da nova ordem global. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência,* v. 81 – ano 7, set/2006, p. 11-19.Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. Ribeirão Preto. SP.

ANDRADE, A. Couto. *Constituinte – Assembléia Permanente do Povo*. São Paulo: Nacional, 1985.

ARENDT, Hannat. *As origens do Totalitarismo.* Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 245 5/3/2007 12:34:19

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Poder Constituinte.* Revista de Informação Legislativa, 74, p.39. Ano 1982, p. 33 a 68.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRAL, Welber. Org. *Tribunais Internacionais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BARRUFFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 10, n. 40, jul-set/2002, p. 21 a 45.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito.* São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed.: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONIFÁCIO, Artur Cortez, Limitações materiais do poder constituinte originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 11, 42, jan-mar/2003, p. 114 a 143.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro.* Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina. 1998.

CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologías e sociedad.* Trad. Santiago Santís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1974.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 246 5/3/2007 12:34:19

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O Poder Constituinte e a Construção das Utopias – suas possibilidades e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 10, n. 40, Julho/Setembro, 2002.

_____. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 13, n. 53, Outubro/Dezembro, 2005. p. 7-28.

CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Poder constituinte e poder de revisão constitucional. O controle da constitucionalidade da emenda constitucional. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 22, 86, p. 43, abr./jun. 1985, p. 41 a 76.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. A Ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O Poder Constituinte* São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Cultura Jurídica Ltda – ed. Líder, 2004.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão: Cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, Ano XXI, n. 60, mar 1994, p. 249 a 254.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 247 5/3/2007 12:34:19

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, LDA, Tomo II, 1991.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES JR, Venilto Paulo. O Conceito de Soberania no Século XXI. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 42, Ano 11, jan/mar/2003, p. 144 a 165.

PACHECO, Cláudio. *Novo Tratado das Constituições Brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 1990.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente. In Dobrowolski, Silvio. *A Constituição no mundo globalizado.* Florianópolis: ed. Diploma Legal, 2000, p. 253 a 281.

PAUPÉRIO, A. Machado. *A soberania natural sobre a Amazônia.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ano 27, n. 106, abr/jun 1990, p. 243 a 248.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11, n. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/2003, p. 216 a 236.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, Carlos Roberto. *Origem, conceito, tipos de Constituição. Poder Constituinte e história das Constituições brasileiras.* RIL Brasilia, 93, jan/mar 1987, p. 65 a 98.

REIS. José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas Características.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 30, Ano 8, jan-mar/2000, p. 146 a 158.

SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. *Poder Constituinte e Poder de Reforma.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 34. Ano 9, jan/mar/2001, p. 220 a 243.

SALES, Carla Vanessa. *Retratos de soberania*: do Poder absoluto à "soberania globalizada". Revista da Faculdade de Direito de Olinda. V.5, n. 8, jan-dez/2001, p.309 a 343.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 248 5/3/2007 12:34:20

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 1999,

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado:* o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Leomar Barros Amorim. *Os Direitos Humanos como Limitações ao Poder Constituinte.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 28, n. 110 abr/jun 1991, p. 69 a 86.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1975, 2 v.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos fundamentais, e a Reforma Tributária. In *Direito Administrativo e Constitucional - Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antônio Bandeira de Melo (organizador) São Paulo: Malheiros, p. 162 a 178.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 249 5/3/2007 12:34:20

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 250 5/3/2007 12:34:20

Capítulo XI
Mecanismos processuais de controle social do Estado regulador contemporâneo brasileiro: limites à atuação das agências reguladoras

*Lucas de Souza Lehfeld**

Sumário • 1. Introdução. 2. Modelo regulatório brasileiro e os mecanismos de controle. 3. Democracia participativa como instrumento de controle das agências. 4.Modalidades processuais de controle social das agências reguladoras. 4.1 Direitos de informação e de petição. 4.2 Plebiscito, referendo e iniciativa de lei. 4.3 Ação Popular. 4.4 Mandado de Segurança e *Habeas Data*. 4.5 Ação Civil Pública 5. Considerações finais. 6. referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A instituição das agências reguladoras no Brasil reflete o recente perfil regulador do Estado e suas dificuldades quanto à execução de obras e serviços públicos, sob a orientação de uma gestão pública caracterizada pela eficiência e voltada para resultados. Após o Programa Nacional de Desestatização, cujo marco normativo deu-se com a edição da Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97, formalizou-se uma mudança na mentalidade administrativa referente à sua intervenção no domínio econômico, com a transferência de bens e serviços do setor público para o setor privado.

Essa alteração de papéis, de um Estado fomentador para fiscalizador e regulador dos setores da economia, compreendeu a flexibilização do monopólio estatal, com as chamadas privatizações dos principais serviços públicos, como energia elétrica, telecomunicações e derivados do petróleo. A descentralização administrativa provocou uma remodelação do sistema estatal-administrativo, que deixa de ser uma unidade (concentrada) e passa a constituir um modelo difuso, pela formação de pólos administrativos. Assim, o Poder Público concentra-se na elaboração de políticas regulatórias e, por meio de concessões, permissões e autorizações, transfere a execução dessas políticas à iniciativa privada.

* Doutorado em Direito pela PUC/SP. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito – UNAERP. Coordenador do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da FAFIBE. Advogado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 251 5/3/2007 12:34:20

Esse cenário, no intuito de atribuir eficiência à prestação dessas atividades de interesse público, apresenta, hodiernamente, grande desafio à Administração Pública, especialmente quanto à instituição e legitimação das agências reguladoras como modelo de intervenção estatal no domínio econômico, pós-processo de privatização.

A presença das agências no processo de descentralização administrativa, na realidade, acompanha uma concepção moderna da Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por MONTESQUIEU, qual seja, há, por um lado, a centralização governamental nos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), aos quais cabem as atribuições de estabelecer políticas, metas e finalidades da Administração Pública por meio de conceitos genéricos (*standards* normativos) e, por outro, a efetiva consecução desses objetivos, por meio da transferência das atividades decisórias e regulatórias, às agências.

No Brasil, esses órgãos reguladores, instituídos por lei, apresentam natureza jurídica de autarquias de regime especial, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. A expressão "regime especial" compreende a perspectiva de atribuir a esses órgãos maior autonomia no exercício de suas funções normativa (quase-legislativa) e decisória (quase-judicial), bem como garantir a estabilidade de seus quadros, em virtude dos mandatos fixos estabelecidos para seus diretores (ou também chamados conselheiros).

Percebe-se que a ampla autonomia das agências para o exercício de suas competências, por si só, não garante a eficácia da regulação estatal. Na realidade, essa estabilização do processo regulatório, atualmente, apresenta dificuldades, pois enfrenta constante interferência do núcleo governamental devido ao tradicional controle hierárquico exercido na esfera do Poder Executivo que, por vezes, em razão de interesses político-partidários, tolhe, arbitrariamente, a atuação reguladora desses órgãos administrativos.

A legitimação desse modelo regulatório, ademais, pressupõe também a presença de instrumentos processuais de controle sócio-político e institucional da atuação estatal e dos seus concessionários. São notórias as infrações praticadas contra direitos individuais e coletivos dos usuários por parte das empresas privadas prestadoras de serviços públicos, como também as deficiências da regulação exercida pelas agências.

Tal fato traz à baila a importância de uma nova relação entre a sociedade e o Estado, com a ampliação da participação cidadã no processo de tomada de decisões da Administração Pública com relação ao desempenho de suas funções

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 252 5/3/2007 12:34:20

estatais. Reconhece-se que a mera disposição legal desses mecanismos processuais de controle não se mostra suficiente para a tutela de princípios inerentes à prestação do serviço público, como continuidade, eficiência e modicidade tarifária, e dos direitos fundamentais do usuário. Cabe, na realidade, ampliar o acesso a esses instrumentos a partir da conscientização de sua importância na legitimação do modelo regulatório, bem como garantir, com celeridade, a eficácia de sua aplicação.

Trata-se, portanto, de um papel democrático renovador da sociedade como verdadeiro elemento político. Denominada de participativa, essa forma de relação Estado-sociedade atribui importância fundamental à condição de cidadão do indivíduo, o qual deixa de ser mero dado estatístico das democracias formais, como simples eleitor, abandonado, para tornar-se centro e ator de todo processo político, como verdadeiro protagonista, dividindo responsabilidades com a Administração Pública quanto ao trato da coisa pública.

Nesse sentido, o presente trabalho propõe breve estudo sobre a atuação regulatória do Estado brasileiro e seus limites, com ênfase nos instrumentos processuais de controle social da autonomia das agências reguladoras, fundados nos ditames e princípios constitucionais a respeito da prestação eficiente dos serviços públicos como direito fundamental da sociedade.

2. MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO E OS MECANISMOS DE CONTROLE

A discussão sobre os instrumentos de controle e seu fortalecimento com relação à autonomia das agências reguladoras no País é recente, sem detrimento da experiência internacional, especialmente norte-americana. Na realidade, o presente tema ganha notoriedade na atual política governamental[1], que ao contrário do mandato anterior, intenta prover tratamento diferente ao campo de independência dessas entidades criadas com base na delegação de competências provenientes do modelo das *independent regulatory agencies* dos EUA. Esse contexto desafia a própria sustentabilidade do quadro regulatório estruturado do Plano Diretor da Reforma do Aparato do Estado, na década de 90.

É evidente que a concentração de poderes discricionários nesses órgãos representantes do Estado em setores econômicos e sociais tem de ser acompanhada pelo desenvolvimento de mecanismos de controle e limitação. Condicionamento, por certo, característico do sistema norte-americano, mas que não teve a mesma inserção no Brasil, pela própria cultura do País em centralizar nas mãos da Administração Pública direta, senão na Casa Civil, às rédeas da política socioeconômica.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 253 5/3/2007 12:34:20

Tal contexto se reflete na tendência adotada pela atual política governamental regulatória. Desde 2003, o modelo das agências reguladoras foi colocado em discussão, especialmente no que se refere à autonomia dessas entidades. Iniciou-se verdadeiro repúdio, por parte do Poder Executivo, às independências decisória, instrumental e financeira dessas agências, por entender que os seus representantes gozam de excessiva autonomia, inclusive pela possibilidade de formular políticas para os setores submetidos à sua atuação, o que reduz o controle hierárquico da Administração Pública.

Para Regina PACHECO, esse questionamento sobre a imposição de limites à atuação das agências no Brasil parte de um contraponto entre dois sistemas jus-políticos que, embora se baseiem na descentralização para regular, são deveras divergentes[2]. O norte-americano, cuja criação das agências reguladoras pode ser explicada por meio de sua analogia com o dilema de *Ulisses e as sereias*[3] e, o brasileiro, que mais se aproxima ao de *Narciso e seu diálogo com Eco*[4]. Para a referida autora: "Na experiência internacional, o debate se centra sobre o grau de *accountability* destes novos entes, especialmente face ao Legislativo, e as análises acadêmicas enfatizam que sua criação pode ser explicada por analogia ao dilema de Ulisses (...). No Brasil, o centro do debate está no desejo expresso pelo Executivo de retomar controle sobre tais entes – ao que poderíamos associar a expressiva tradição de exacerbação do Executivo e a provável preferência pelo controle hierárquico – que resiste a ser substituído pelas novas formas de controle propostas pela reforma gerencial (...) Estaríamos antes frente a Narciso do que a Ulisses? Cabe ressaltar que a experiência internacional, com grande predominância do caso norte-americano, tem sido a inspiração dos autores brasileiros que vêm tratando o tema da regulação. No entanto, enquanto que nos EUA a perspectiva ulissiana decorre de delegação concedida pelo Poder Legislativo – que conserva, apesar disso, fortes mecanismos de controle via assignação de recursos às agências, no Brasil a criação das agências autônomas representou delegação do Executivo". [5]

1. Governo Federal, mandato presidencial de 2003-2006.
2. PACHECO, Regina. El control de las agencias reguladoras en Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? *Responsabilización y evaluación de la gestión pública.* Caracas: CLAD, 2005, p. 216.
3. Sobre o herói Ulisses, ELSTER, John. *Ulysses and the sirens, studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 37.
4. Paras saber mais, ENCICLOPÉDIA BARSA. *Narciso (mit.):* verbete. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1982, p. 265-266, v. 11.
5. Op. cit., p. 216, tradução nossa.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 254 5/3/2007 12:34:21

Essa característica *ulissiana* advém do fortalecimento do controle juspolítico das agências naquele país, por meio da definição de rigorosos procedimentos administrativos (*v. g. Administrative Procedural Act* de 1946) e outros mecanismos de limite à autonomia dessas entidades criadas pelo Congresso, especialmente a partir da década de 30, com relevante intervenção estatal na área econômica a partir da política do *New Deal*. A delegação de amplas competências às *agencies* pressupõe, em contrapartida, responsabilidade (*accountability*) quanto à sua atuação perante aos Poderes do Estado e também à própria sociedade.

Em virtude desse princípio da responsabilidade, a delegação, em favor das agências norte-americanas, vem acompanhada com a preocupação de se construir um ambiente de credibilidade por meio da obediência às regras previamente estabelecidas no que diz respeito à atuação desses órgãos e não propriamente pelo exercício discricional da regulação. Segundo CAMPELO DE MELO, "a razão é que os agentes econômicos ajustam suas expectativas ao comportamento discricionário, anulando os efeitos desejados. No caso da manutenção de uma regra, esse reajuste não acontece e a efetividade de uma medida é potencialmente maior". Trata-se de uma autolimitação que, para o referido autor, compreende "estratégias de 'pré-compromisso' de governantes em relação a escolhas intertemporais, ou seja, escolhas sobre situações futuras". Assim, "legisladores racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade soberana".[6]

Entendimento que importa efetivamente um controle político dessa delegação legislativa, com mecanismos de autodefesa, com o objetivo de se garantir a credibilidade perante a sociedade dessas instituições e suas formas de atuação. Essa dimensão *ulissiana,* colocada por CAMPELO DE MELO, também compreende a ação de outros órgãos interessados na *accountability* das *agencies*, como o Executivo e o Judiciário e, até mesmo, aqueles da sociedade civil, que, embora reconheçam a autonomia delegada, exigem o cumprimento da finalidade da descentralização administrativa.[7]

Essa sujeição a diversos controles, muitos dos quais não se verificam de forma direta, compõem o que SUSTEIN considera como controle político. Exercido em função de diversas finalidades – governamental ou social – distingue-se

6. CAMPELO DE MELO, Marcus André Barreto. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOC, n. 116 (46), p. 55-68, 2001.
7. Cf. SUSTEIN, Cass. Constitucionalismo após o New Deal. *Regulação econômica e democracia.* São Paulo: Ed. 34, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 255 5/3/2007 12:34:21

de outro tipo, o hierárquico, que parece relacionar-se intrinsecamente com a orientação do atual governo brasileiro frente às agências reguladoras.[8]

O controle hierárquico baliza-se na relação de autoridade que se estabelece entre o responsável pela nomeação (Chefe do Poder Executivo) e o dirigente público nomeado. Sustenta-se, portanto, fortemente no paradigma clássico da burocracia, que pressupõe autoridade única e relações de mando e controle (nomeação e remoção *ad nutum* dos Ministros e demais agentes públicos de cargos de confiança). Nesse âmbito, percebe-se que não há sincronia entre esse controle com a autonomia das agências, que evidentemente se mostra ineficiente para o propósito da responsabilização dessas entidades pela consecução da finalidade para qual foi criada.[9]

O sistema regulatório brasileiro, embora tenha sido criado sob influência dessa visão *ulissiana* desenvolvida nos EUA, parece caminhar em sentido contrário, com o fortalecimento da Administração Pública direta, frente aos seus entes descentralizados, especialmente com relação à atuação das agências reguladoras. Essa centralização constitui em um dos grandes desafios para a efetivação do Estado regulador brasileiro. Isso porque envolve o questionamento quanto à natureza das relações entre o Executivo e o Legislativo.

> "O Poder Legislativo, o 'poder dos poderes', na formulação clássica possuía esse *status* privilegiado por força de sua condição representativa. Daí derivavam suas funções normativas e de controle do Executivo. O advento do Estado regulador faz do Poder Executivo o novo 'poder dos poderes' e, mais recentemente, o surgimento das agências reguladoras, com sua situação de autarquias especiais, dotadas de independência hierárquica e autonomia financeira, titulares de poderes normativos, fiscalizatórios, sancionatórios e de promoção do contencioso, traz para esses novos 'anéis burocráticos' a condição de *locus* privilegiado não apenas da ação especializada tecnocrática, mas também da própria mediação política, em detrimento do Poder Legislativo".[10]

Consoante esse fortalecimento do Poder Executivo e, conseqüentemente, do controle hierárquico, evidencia-se, em contraposição ao *accountability* (e, analogicamente, ao dilema *ulissiano*), um posicionamento *narcisista* desse Poder com relação ao reconhecimento da autonomia das agências reguladoras. O Executivo, portanto, figuraria como Narciso perante essas entidades independentes?

8. Id., 2004.
9. PACHECO, Regina Silvia, op. cit., p. 235, tradução nossa.
10. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 150.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 256 5/3/2007 12:34:21

Regina PACHECO, em síntese, responde: "A tradição de Executivos fortes (nas esferas federal, estadual e municipal) vem mais recentemente se tornando mais complexa, com o advento dos governos de coalizão e os processos de formação de maiorias parlamentares, requisitos para a aprovação de reformas de interesse para o Executivo, sobretudo na esfera federal. Apesar disso, a frágil tradição do Legislativo como ente fiscalizador do Executivo, ou a escassez de iniciativas de propostas de lei fazem supor que haverá dificuldades em alcançar o papel agressivo e simultâneo destes poderes na supervisão das agências (...)".[11]

Mesmo com a Reforma Administrativa em 1995, com a finalidade de desenvolver um novo papel estatal por meio das agências e, conseqüentemente, introduzir novas formas de controle, em especial aquele baseado em resultados ou no social, a tradição brasileira ainda ressalta a relação hierárquica dessas entidades autônomas com a Administração Pública direta, na figura do Chefe do Executivo. Por adotarem a natureza jurídica de autarquia de regime especial, com mandatos fixos de seus dirigentes (não coincidentes com os do Governo) e competências (entre as quais estão a normativa e a jurisdicional), as agências reguladoras encontram dificuldades com esse comportamento narcisista do Executivo, em razão de amplas atribuições, como a possibilidade de nomeação dos dirigentes das entidades públicas por ele criadas.

É notória essa dificuldade de adaptação das agências reguladoras na estrutura administrativa brasileira, principalmente em função desse exercício hierárquico de controle por parte do Estado (em que se atribui ao Poder Executivo qualidade de narcisista). Trata-se de uma relação que se caracteriza pela opacidade, em função do uso pela Administração Pública de critérios tecnoburocráticos nos processos de decisão, tanto dos entes descentralizados (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), como também dos órgãos responsáveis pela formulação de políticas públicas (ministérios, secretarias estaduais e municipais).

Assim, o propósito do estudo é desvendar a questão que se evidencia como fundamental para a própria legitimação do modelo regulatório: quem controla o controlador? Quais os instrumentos processuais de controle social da atuação regulatória do Estado? Assim, pretende-se discutir a efetividade desse controle como instituto imprescindível para garantir a legitimidade do modelo regulatório brasileiro, especialmente quanto à transparência de seus objetivos, responsabilidade social e compromisso com a eficiência na prestação dos serviços públicos.

11. Op. cit., p. 236, tradução nossa.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 257 5/3/2007 12:34:21

3. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS

A palavra *cidadania* deriva de outro termo: *cidade.* DE PLÁCIDO E SILVA, sobre o tema, acrescenta que referido significante não indica "somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas, mostrando a efetividade dessa residência, o direito político que lhe é conferido para que possa participar da vida política no país em que reside" [12]. Estando na posse de plena capacidade civil, também se investe no uso e gozo dos direitos políticos.

Na atual sociedade complexa, a cidadania se desenha como um direito mais abrangente e está intrinsecamente relacionada com a liberdade, constituindo-se no nível político desse direito multidimensional. A liberdade encontra na cidadania o *locus* suficiente para se realizar em sua plenitude, isso porque, ser livre e agir, a partir dos ensinamentos de ARENDT, "são a mesma coisa".[13]

Exercer a cidadania é não estar submetido a amarras quando da participação no processo político, bem como não encontrar óbices quando perante a Autoridade Pública exigir a efetiva distribuição da justiça social. A liberdade mostra-se como o principal motivo pelo qual os homens se encontram politicamente organizados. Tolhido esse campo de liberdade por ato arbitrário, seja administrativo ou mesmo normativo, ao cidadão é facultada a resistência, a fim de se restabelecer os limites ao Poder Público previstos na Constituição.[14]

Nesse âmbito, a cidadania transpassa a concepção do simples exercício dos direitos políticos, resultado da complexidade dos problemas sociais, como também da ineficaz participação popular do processo político, que, na realidade fática, reduz-se na democracia representativa efetivada pelo voto (exercício mitigado da soberania popular), já que outras modalidades de participação direta ou semi-diretas revelam-se, ora como meras expectativas submetidas ao deleite do Parlamento (como o plebiscito e o *referendum*), ora como instrumentos inexecutáveis de pressupostos exigidos legalmente deveras rigorosos, muitas vezes, divorciados da realidade. Cabe ressaltar, a título de exemplificação, a dificuldade de se propor, por iniciativa popular, um *projeto de lei* nos moldes do art. 61, §2º, da Constituição Federal de 1988.

12. SILVA, De Pácido e. *Vocabulário jurídico.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 427.
13. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 199.
14. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. S. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia.* São Paulo: Atlas, 1989, p. 37.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 258 5/3/2007 12:34:21

Na perspectiva de um novo paradigma para a cidadania, J. H. MEIRELLES TEIXEIRA entende que esse instituto constitucionalmente preservado consiste em "prerrogativa que se concede a brasileiros, mediante preenchimento de certos requisitos legais, de poderem exercer direitos políticos e cumprirem deveres cívicos"[15]. ARENDT avança e compreende a cidadania como o "direito a ter direitos".[16]

A partir desse entendimento, CALMON DE PASSOS complementa que a cidadania plena compreende, por outro lado, formas de tutela. De acordo com o autor, sem levar em consideração a ampla interpretação do termo cidadania em função das necessidades e aspiração da sociedade contemporânea, é fundamental que se estabeleçam, de forma institucionalizada, os instrumentos de tutela desse direito constitucional.[17]

É importante ressaltar que essa participação do cidadão somente é possível em um modelo democrático bem definido. São os conceitos de cidadania e democracia que compreendem uma relação indissociável e intrínseca. Em sua base, a cidadania atribui ao indivíduo da sociedade um rol de direitos que lhe assegura o exercício efetivo do poder político, uma posição concreta na gestão dos negócios da "cidade"; é a condição *sine quo non* para a caracterização da democracia, que em sua etimologia, significa governo do povo e para o povo.[18]

Evidentemente que essa idéia de democracia, como ambiente propício ao desenvolvimento da cidadania, transcende a modalidade representativa, que se consubstancia no exercício do voto como instrumento democrático. Impõe-se, na perspectiva de eficácia participativa popular, outra forma de materializar a presença do cidadão na condução do Governo e, por conseguinte, no controle de seus órgãos, como as agências reguladoras. É a chamada *democracia participativa.*[19]

Para Roberto AMARAL, esse dimensão democrática consiste em direito de quarta geração, pois compreende a supressão da intermediação, inerente à

15. MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 565.
16. Op. cit., p. 199
17. CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luiz A. C. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito.* Campinas: Millennium, 2005, p. 16, cap. I.
18. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania:* a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 01.
19. AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 259 5/3/2007 12:34:22

democracia indireta, bem como a substituição, paralela e seqüencialmente a representação, que na verdade implicaria certa alienação. É a democracia do Terceiro Milênio, que se vislumbra universal, pois "dela todos participarão; ignorando distinções econômicas ou sociais, ou raciais, ou de gênero, ou de origem ou de naturalidade; a igualdade política abolirá a delegação, e todos poderão participar ativa e diretamente, pois todos terão assento na nova *ágora.*"[20]

Nesse contexto, encontra-se, portanto, a participação popular efetiva como mecanismo de fiscalização da atuação do Estado, especialmente a partir do modelo regulatório recém proposto para a prestação de serviços de interesse público, cujo desenvolvimento, sob as condições de mercado, mas com o respeito aos ditames constitucionais, torna-se fundamental para o bem-estar social.

No entanto, o respeito aos direitos e garantias fundamentais não depende apenas de sua posição de destaque no ordenamento jurídico. Mas, na atualidade, dependem sim, fundamentalmente, de mecanismos de tutela perante aos desmandos do Estado que atualmente se verificam no Brasil, especialmente quando se trata da relação entre a Administração Pública e os administrados. É o que CALMON DE PASSOS considera como a *cidadania inviabilizada,* isso porque a Constituição enuncia, de maneira exagerada, direitos e garantias fundamentais, mas deixa de dar o mesmo tratamento à própria organização do Estado, especialmente aos controles sociais de sua atuação, o que efetivamente torna inviável o exercício da cidadania. "Se fomos generosos no 'enunciar', fomos mesquinhos no assegurar; mesquinhos, cautelosos e astutos".[21]

4. MODALIDADES PROCESSUAIS DE CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. Direitos de informação e de petição

Na seara dos meios não jurisdicionais na Constituição Federal de 1988, encontram-se os *direitos de receber informação* e de *petição*. São verdadeiros direitos-garantias, colocados à disposição dos administrados para que possam, de um lado, contribuir para a formatação da política regulatória e, de outro, *resistir* à sua efetivação quando lhes desagrade ou que viole seus interesses particulares.

20. Id., p. 49.
21. CALMON DE PASSOS, J. J., op. cit., p. 33-34.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 260 5/3/2007 12:34:22

Quanto ao direito de receber informações, sabe-se que os órgãos públicos são detentores de dados e informações que tanto "podem interessar ao administrado, particular ou funcionário público, quanto podem ser de interesse coletivo ou de interesse geral. Em qualquer dos três casos, há direito subjetivo público de exigir da repartição a informação de que se necessita".[22]

Diante desse dever administrativo de transparência, existe, entretanto, exceção. Há determinadas informações que devem ser preservadas, protegidas pelo sigilo, sob o risco de ocasionar dano individual ou coletivo, ou ainda ao próprio Estado. Trata-se de situação excepcional, pois só se admite quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sobre a publicidade como princípio da Administração Pública, ressalta que não pode haver "em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida."[23]

Atrelado ao direito de receber informações está o de peticionar aos órgãos públicos. O direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a") também se comporta como instrumento de controle da Administração Pública. Atribui ao administrado a possibilidade de requerer, reclamar ou denunciar abusos em sede administrativa. Trata-se de modalidade de acesso do cidadão à gestão pública, no intuito de velar pela sua regularidade e transparência.

> "A finalidade do *direito de petição* é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas. (...) O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e se necessário for à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, sanável por intermédio de mandado de segurança. Note-se que, apesar da impossibilidade de obrigar-se o Poder Público competente a adoção de medidas para sanar eventuais ilegalidades ou abusos de poder, haverá possibilidade, posterior, de responsabilizar o servidor público omisso, civil, administrativa e penalmente".[24]

Quanto ao direito de certidão, previsto na alínea "b" do referido dispositivo constitucional, consiste em defesa do administrado em obter esclarecimentos

---

22. BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. *Revista de direito administrativo,* Rio de Janeiro, Renovar, n. 225, p. 68-69, jul/set. 2001.
23. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 59.
24. MORAES, Alexandre, op. cit., p. 180-181.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 261 5/3/2007 12:34:22

de interesse pessoal. O documento gerado pela Administração ao administrado – certidão pública ou certidão administrativa – versará sobre a existência de fato, fundamentado em busca dos arquivos da repartição pública endereçada. Dotado de fé pública, tem efeito probatório.

> "De modo algum pode a expedição de certidão depender de apreciação discricionária da repartição que a haverá de fornecer. Seria permitir à autoridade administrativa o pré-exame do direito do requerente. A negação somente pode admitir-se por falta de legitimação do requerente: por falta de ligação do conteúdo do ato certificável com o direito deduzido ou a deduzir-se em juízo ou administrativamente; ou por sigilo".[25]

Observa-se, portanto, que esses instrumentos de participação apresentam dupla função: proteger o administrado e orientar a atividade regulatória das agências na busca de uma solução concreta mais justa.

> "O controle terá de fazer-se não apenas sob o ângulo da fiscalização contemporânea ou posterior à atuação das agências. Devem ser estruturados sistemas que permitam aos diversos segmentos da sociedade acompanhar a regularidade da gestão e a satisfatoriedade da atuação das agências no cumprimento de seus fins (...) Também é imperioso que se imponham determinações no tocante às políticas públicas a ser adotadas pelas agências, inclusive com possibilidade de submissão das escolhas por elas realizadas à apreciação dos órgãos integrados por representantes eleitos diretamente pelo voto popular".[26]

Embora essa necessidade de participação tenha sido uma das preocupações do modelo regulatório implantado no País na pós-reforma administrativa da década de 90, quanto à estruturação de canais de comunicação entre usuários dos serviços públicos e os órgãos reguladores, não parece ter surtido efeito ensejado o esforço da legislação em garantir aos administrados o acesso às decisões e atos de regulação exercidos pelas agências reguladoras.

É o que vem acontecendo com as *audiências* e *consultas públicas,* que, embora sejam considerados pela legislação pertinente às agências reguladoras como instrumentos indispensáveis[27], não apresentam resultados efetivos na condução

25. BARBOSA, Sandra Pires, op. cit., p. 69-70.
26. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 585.
27. Quanto à ANEEL, o art. 4º, §3º, da Lei 9.427/96 estabelece que o "processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública". A Lei 9.472/97, que instituiu a ANATEL, determina em seu art. 19, inciso III que compete à referida agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no País, sendo que para propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro do Estado das Comunicações, a adoção de medidas referentes à instituição ou eliminação de modalidades de serviço no regime público (concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado), aprovação do plano geral de outorgas e de metas de universalização de serviços de telecomunicações, imprescindível a realização de consulta pública prévia.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 262 5/3/2007 12:34:22

da política regulatória proposta pela Administração Pública. Isso porque se nota a ocorrência de dois problemas cruciais quais sejam: a) embora sejam instrumentos formalizados em Diário Oficial da União, não há ampla divulgação, pelos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, correspondência, jornais, revistas, Internet, e-mail etc.) desses momentos de participação direta dos usuários e dos demais agentes econômicos interessados; b) complexidade dos temas colocados em discussão, o que restringe a possibilidade de questionamentos e contribuições, geralmente, por parte do usuário que não possui conhecimentos técnicos para a devida compreensão da matéria colocada em pauta.[28]

O Poder Executivo, em 2004, propôs o Projeto de Lei nº 3.337, o qual dispõe sobre a gestão, organização e controle social das agências reguladoras. Entre os mecanismos de controle, encontra-se a figura das consultas públicas como fase obrigatória para o processo decisório das entidades reguladoras. Trata-se de uma tentativa de uniformizar a obrigatoriedade e o procedimento das consultas e audiências públicas na tomada de decisão. [29]

4.2 Plebiscito, referendo e iniciativa de lei

Instrumentos de participação popular previstos na Constituição Federal de 1988[30] refletem outra possibilidade de aproximação do cidadão aos negócios do Estado. Hodiernamente, com a crise da democracia representativa (ou indireta), esses institutos merecem maior importância, concebidos sob a idéia de cidadania plena e participativa.[31]

O exercício dessas formas de soberania popular revela outros mecanismos de constrição à autonomia das agências reguladoras, embora sejam poucos (e mal) utilizados no País. Assim, é considerável a sua análise, especialmente para o processo de construção do rol normativo que disciplina o modelo regulatório brasileiro.

Não obstante a diversidade doutrinária sobre a diferença entre plebiscito e *referendum,* basicamente, distinguem-se em virtude do momento de suas realizações.

---

28. Tal dificuldade também proporciona aos prestadores de serviços, que possuem melhores condições técnicas de participação nesses momentos, um posicionamento privilegiado frente aos administrados. Uma situação que pode resultar em verdadeiro processo de captura da agência, em que a política regulatória fixada pelo referido órgão acaba por se basear nas orientações dadas por esses agentes econômicos.
29. Cf. arts. 4º ao 7º do referido Projeto.
30. "Art. 14 da CF/88.
31. SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta:* Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2002, p. 13.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 263 5/3/2007 12:34:22

> "Enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria, a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o *referendo* consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva)".[32]

Em síntese, Marcos Antônio Striquer SOARES determina que o *referendum* traduz-se na "manifestação popular que ratifica ou rejeita uma proposta dentro do processo de criação normativa, cuja solução delimita o campo de competência das autoridades governamentais". O plebiscito, por sua vez, também importa em manifestação popular *a priori* para tomada de uma decisão política, "sobre determinada medida, delimitando a competência da criação normativa."[33]

Observa-se que essa aproximação dos administrados aos negócios do Estado é deveras salutar quando se trata de limitação das atribuições das agências reguladoras como representantes da Administração Pública em atividades econômicas de interesse da coletividade. Isso em razão da importância do processo legislativo na determinação dos *standards* normativos a serem respeitados por essas entidades em sua atuação no mercado.

Entende-se também que o referendo, em uma interpretação ampla e concretista, pode ser aplicado à atuação dos órgãos da Administração Pública. Não há qualquer óbice para que se estabeleça a sujeição de ato do Poder Executivo ao instituto em tela. Tal condição importa em afirmar que é possível a sua aplicação direta em sede de regulação, quando da prática, pelas agências reguladoras, de atos de relevância social, por exemplo, política tarifária e regras sobre universalização e qualidade de serviços.[34]

---

32. MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de direito constitucional,* São Paulo, RT, ano 8, n. 32, p. 138, jul/set. de 2000.
33. SOARES, Marcos Antônio Striquer, op. cit., p. 62 e 74.
34. Esse posicionamento enfrenta oposição doutrinária, que entende ser possível a aplicação do referendo apenas para a produção legislativa. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 124 e PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de direito constitucional.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 168. No entanto, a tese de que há possibilidade do exercício do *referendum* também aos atos do Executivo se fundamenta na própria Lei nº 9.709/98, que regulamenta o instituto, pois em seu art. 2º, §2º, determina que "O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição". No que diz respeito ao plebiscito e sua possibilidade de aplicação aos atos da Administração Pública, o entendimento é semelhante, nos termos do §1º do referido dispositivo, em que se verifica a convocação do instituto "com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 264 5/3/2007 12:34:23

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, com a vinculação do exercício do plebiscito e do *referendum* à competência privativa do Congresso Nacional, parecem estar submetidos aos interesses políticos do Parlamento. Esse condicionamento importa, notoriamente, uma forte restrição à efetivação desses instrumentos, pois acabam por se vincularem às vicissitudes políticas e aos interesses partidários.

Outro aspecto que dificulta essas oportunidades de participação popular revela-se no custo de processamento dessas consultas à sociedade. O preparo e a realização desses institutos demandam recursos materiais e humanos, bem como ampla divulgação, o que impõe considerável custo ao Estado.

Entretanto, são mecanismos que devem ser incentivados, por se tratarem de reais canais de comunicação entre a Administração e os administrados, especialmente quando se trata de matéria de prestação de serviços públicos e critérios de regulação. A contribuição popular na configuração do modelo regulatório é essencial para eficácia da representação estatal, por meio de instituições administrativas sólidas, nesses setores estratégicos abertos à iniciativa privada.

Esse processo de fortalecimento da democracia participativa prescinde, notoriamente, por recursos tecnológicos que proporcionem, por um lado, amplo acesso do cidadão a esses instrumentos democráticos e, por outro, a redução dos custos de instrumentalização dessa aproximação entre Estado e cidadão. A consulta pública por meio de sistemas de informação, como a Internet, tem surtido resultados expressivos em países tanto na América Latina como também no continente europeu.

Em complementação ao *referendum* e ao plebiscito como modalidades democráticas semi-diretas, há presença, também, da iniciativa popular (art. 14, III, da CF/88). Trata-se de medida que "promove uma convergências entre os vários setores, na medida em que pressupõe um entendimento comunitário na busca de um consenso baseado nas necessidades e preocupações relativas ao conjunto da população".[35]

Compreende, portanto, a necessidade de organização social, o que de fato, por si só, gera dificuldade. Ademais, a própria exigência formal prevista no §2º do art. 61 do ordenamento jurídico-constitucional pátrio restringe a viabilidade dessa medida democrática como instrumento processual de controle efetivo das agências reguladoras. Por derradeiro, mesmo que se alcance a subscrição neces-

35. MÓI, Fernanda de P. F.; FERREIRA, Luiz A. C.; TEOTÔNIO, Paulo J. F., op. cit., p. 133.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 265 5/3/2007 12:34:23

sária para o projeto de lei, a própria apreciação da Câmara dos Deputados revela certa apreensão quanto ao destino da iniciativa popular, já que detém o condão de obstaculizar o processamento e, conseqüentemente, a inovação legislativa.[36]

Por outro lado, Luiz Cláudio Portinho DIAS ameniza ao dizer que: "Não há como negar, todavia, a pressão natural contida num projeto de lei desta natureza, que chega à Casa Parlamentar respaldado pela iniciativa popular. A pressão, no caso, será maior à medida que crescer o número de eleitores que subscrevem o ato. E isso, por certo, funciona como verdadeiro fator de legitimação da proposta, a dificultar a sua rejeição pelos parlamentares".[37]

4.3 Ação popular

Como outro pilar de sustentação do rol de instrumentos democráticos de controle e fiscalização da Administração Pública, especialmente em sede de regulação da atividade econômica promovida pelas agências reguladoras no País, a *actio popularis* importa em fundamental defesa jurisdicional do cidadão, constitucionalmente garantida[38], frente à ilegalidade e lesividade de ato praticado ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Hely Lopes MEIRELLES ressalta que a defesa jurisdicional colocada à disposição do cidadão tem por finalidade obter "a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – *legais* e *lesivos* do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos."[39]

Em relação aos textos constitucionais anteriores[40], o atual amplia a abrangência do referido instituto, o que possibilita também a aplicação da medida para atos praticados por entidades paraestatais (sociedade de economia mista,

36. A obrigatoriedade de apreciação do projeto pelo Parlamento parece transparente no disposto no §2º do art. 13 da Lei nº 9.709/98, que estabelece: "O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação."
37. DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, ano 9, n. 37, p. 232, out/dez. 2001.
38. Art. 5º, LXXIII, da CF/88.
39. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data".* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113-114.
40. Constituição Federal de 1934, art. 111, inciso 38; Constituição de 1946, art. 141, §38; Constituição de 1967, art. 150, §31; Constituição de 1969, art. 153, §3º.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 266 5/3/2007 12:34:23

empresas públicas, serviços sociais autônomos, entes de cooperação, bem como, depois do processo de desestatização, as agências reguladoras). Contexto que ratifica ainda mais a relevância da *ação popular* na imposição de limites e condições à atuação dessas entidades de regulação.[41]

Essa amplitude quanto ao campo dos sujeitos à demanda também se vislumbra ao objeto tutelado. Trata-se de uma proteção jurisdicional diferenciada, pois implica a defesa de direitos considerados coletivos. O patrimônio público, histórico ou cultural, o meio ambiente e a moralidade administrativa transcendem à tutela individual, pois dizem respeito ao interesse público, a toda uma comunidade.[42]

Sob essa perspectiva que se insere a *ação popular* como materialização processual coletiva da defesa de interesses transindividuais, que pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), compreende interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.[43]

Em razão dessa complexidade, o ordenamento jurídico pátrio atribui à coletividade a possibilidade de uma defesa jurisdicional coletiva, sob o compromisso de fazer valer, prontamente, o próprio princípio da economia processual. Importa, em agilidade, a função jurisdicional, já que o Poder Judiciário tem a oportunidade, nessa modalidade processual coletiva, por meio de uma única sentença, resolver controvérsia que demandaria uma diversidade de sentenças individuais. Ademais, tal tutela coletiva materializa o direito fundamental ao devido acesso à jurisdição, inclusive para aqueles que se encontram na situação fática, em razão de sua condição econômica, marginalizados.[44]

Por outro lado, no intuito de potencializar os efeitos produzidos por esse poderoso instrumento de participação popular, sem desvirtuar a sua utilização como mera oposição política de uma Administração a outra, é salutar a preocupação da melhor doutrina em estabelecer requisitos essenciais para a sua aplicação.

---

41. Nos termos do art. 1º da Lei nº 4.717/65.
42. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos. *RePro*, São Paulo, RT, n. 48, p, 45, 1987.
43. Cf. art. 81 da Lei nº 8.078/90. Embora o conceito de direito coletivo seja considerado em seu sentido amplo, pelo constituinte, como objeto a ser resguardado pelo instrumento processual em tela, MANCUSO traz balizas de orientação para delimitar a amplitude do tema: a) para a coesão necessária à formação e identificação do interesse em discussão, *"um mínimo de organização"*; b) o interesse resguardado deve ser de "grupos determinados (ou ao menos determináveis) que serão os seus portadores"; c) "um vínculo jurídico básico e comum, como a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada". (Op. cit., p. 47).
44. Cf. STJ – MS nº 5.187-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.09.97.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 267 5/3/2007 12:34:23

O primeiro requisito é a *condição de eleitor* do autor da referida demanda judicial. Legítimo é, portanto, o cidadão brasileiro, eleitor, ou seja, no gozo de seus direitos cívicos e políticos[45]. Deve apresentar seu título eleitoral como *conditio sine qua non* da ação popular, o que impossibilita a utilização desse instrumento jurisdicional aos "inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica" (Súmula 365 do STF). "Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração."[46]

O segundo requisito consubstancia-se na *ilegalidade ou ilegitimidade* do ato praticado, suscetível, portanto, àquela prática (ação ou omissão) que seja contrário ao Direito, por violar o ordenamento jurídico positivo que determina a sua prática, ou por se desviar dos princípios que regem a Administração Pública. O constituinte de 1988, portanto, incorporou no âmbito de atuação desse instrumento de controle popular da Administração Pública não apenas a ilegalidade do ato em sua forma ou objeto, mas também incluiu a prática ilegítima, sob o manto do interesse público, proveniente de lesão de vício formal ou substancial, como desvio de finalidade.[47]

A própria Lei nº 4.717, de 29.06.1967, que regulamenta o referido instituto, ratifica em seu corpo normativo essa orientação constitucional, especialmente quando determina que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de "incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade."[48]

A *lesividade* do ato ao patrimônio público configura-se no terceiro requisito da *actio popularis*. Lesivo é "todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade"[49]. Essa condição, ademais, pode ser efetiva, ou presumida nos termo do art. 4º da lei regulamentadora da ação popular. Nesse último caso, é necessária a comprovação da subsunção da prática ao dispositivo legal. Nos demais casos, importam a demonstração dos requisitos objetivos *ilegalidade* e *lesão* aos bens tutelados supracitados.

---

45. SOUZA, Nelson Oscar de. Ação popular. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, ano 8, n. 30, p. 135, jan/mar. 2000.
46. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular...*, p. 116.
47. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 226.
48. Art. 2º, §2º, da Lei nº 4.717/67.
49. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 116-117.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 268 5/3/2007 12:34:23

Não obstante ao posicionamento em *contrario sensu*[50], a relação intrínseca entre a ilegalidade e a lesividade parece condição fundamental para a legitimação da ação popular como mecanismo de tutela jurisdicional coletiva. Nesse sentido, Luiz Manoel GOMES JUNIOR salienta que, além da prova da lesividade (exceção quando se tratar de ato lesivo por presunção legal), é imprescindível o requisito ilegalidade, pois o primeiro pressupõe o segundo. "Se o ato não for ilegal, mas ainda que lesivo, não poderá ser anulado em sede de Ação Popular. Adotar outra conclusão seria permitir um subjetivismo inaceitável, ao nosso ver, que traria mais conseqüências negativas que positivas".[51]

Essa lesividade não se resume ao patrimônio material, mas se estende a moralidade, como valor a ser protegido pela ação popular. Considerar a moralidade como princípio da Administração Pública, bem tutelável pelo instituto processual em análise, consistiu em inovação constitucional de relevo. A lesão, nesse contexto, não se refere a um valor econômico e pecuniário, mas propriamente ao comportamento eticamente desejável da Administração Pública, cuja finalidade é alcançar por meio de seus atos o bem comum.

BIELSA informa que a ação popular, nesse sentido, não protege interesses apenas de ordem patrimonial como também moral e cívica. Assim, "o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa."[52]

> "Mas é de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração foge da competência da Justiça e é privativa da Administração. O pronunciamento do Judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede a ação".[53]

---

50. GARCIA entende que esse binômio "ilegalidade-lesividade" representaria, na realidade, impedimento substancial para o exercício pleno dos direitos do cidadão, especialmente em relação à ação popular como instrumento democrático de controle social. Pela correta interpretação da Constituição, seria suficiente a presença da lesividade, sendo, portanto, considerados inconstitucionais determinados preceitos da própria Lei nº 4.717/67, que exige a presença condicional da ilegalidade. (GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, n. 30, p. 94, 2000).
51. Op. cit., p. 36-37.
52. BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da Administração. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, Renovar, n. 38, p. 40, [s. d.].
53. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 118. Sobre o poder discricionário da Administração Pública, recente acórdão do Supremo Tribunal Federal determinou que a "autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração". (STF – ROMS nº 24.699-9-DF, rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004, DJ 01.07.2005).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 269 5/3/2007 12:34:23

Essa ressalva é salutar, pois resguarda o princípio fundamental da Separação dos Poderes do Estado e por isso há a relação intrínseca entre a moralidade administrativa e o desvio de poder como hipótese de ilegalidade[54]. Os atos administrativos submetidos ao controle da ação popular não podem ser analisados segundo uma concepção de moral comum[55], que é vaga e deveras subjetiva para o ajuizamento da referida demanda judicial.

Analisadas as condições da ação popular como instrumento de participação cidadã, é evidente a sua aplicação em sede de atividade regulatória das agências. Tal possibilidade decorre de seu objeto (ato ilegal e lesivo ao patrimônio público) e da própria amplitude do rol de pessoas previsto no art. 1º da Lei 4.717/65, que certamente inclui as agências, autarquias de regime especial, como sujeitos passivos da referida ação.

Nesse contexto, a autonomia das agências, quando da prática de seus atos de regulação, seja em abstrato (normas) ou em concreto (decisões), subsume-se ao controle popular resguardado por mais esse instrumento de participação cidadã na boa condução da administração da coisa pública. Em função da relevância das atividades econômicas submetidas ao campo regulatório do Estado, torna-se evidente a possibilidade de ajuizamento de ação popular em face daquele conselheiro ou de qualquer outro funcionário ou autoridade que, valendo-se da independência atribuída a esses órgãos de regulação, pratique ato comissivo ou omissivo (quando deveria agir) eivado de ilegalidade e lesividade.

Cabe ainda salientar que a Lei nº 4.717/65 também trabalha com hipóteses de atos administrativos, submetidos à anulação, com presunção de ilegitimidade e lesividade, como exemplo, a admissão ao serviço público remunerado com desobediência às condições de habilitação, às normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público contratadas sem concorrência, ou com edital irregular, ou com limitação

54. No direito positivo brasileiro a lei que rege a ação popular (Lei nº 4.717, de 29-6-65) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, ao defini-lo, no artigo 2º, parágrafo único, alínea 'e', como aquele que se verifica 'quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência'." (DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 92-93).

55. "O princípio da moralidade, no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer parecer os liames sociais. É verdade que um controlador arguto, à base da mencionada submissão do administrador não apenas à lei, mas ao Direito, já conseguiria alcançar resultado idêntico." (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 270 5/3/2007 12:34:24

discriminatória para os concorrentes; as modificações ou vantagens em contratos que não estiverem previstas em lei ou nos respectivos instrumentos e outras práticas determinadas em seu art. 4º.

A casuística determinada no referido dispositivo legal é exemplificativa, já que outros atos praticados pelas agências reguladoras podem se submeter a esse controle popular, desde que contenham vícios como: *incompetência* daquele que os praticou; *vício* de forma; *ilegalidade* do objeto; *inexistência* dos motivos; ou *desvio de finalidade.* É passível de ação popular qualquer conduta desses órgãos de regulação que em razão de sua natureza se configure como ilegal perante o ordenamento jurídico pátrio em vigor e importe lesão aos valores da moral administrativa e ao patrimônio público.[56]

Quanto ao rechaçamento à corrupção administrativa, potencializou-se o campo de incidência da ação popular em virtude, especialmente, do acréscimo ao ordenamento jurídico pertinente das Leis de Improbidade Administrativa[57] e Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 05.05.2000). Isso gerou maior possibilidade de controle da ampla autonomia atribuída às agências.

Embora a ação civil pública considera-se *a priori* instrumento processual para apreciação judicial dos atos ímprobos praticados pelo administrador público, é perfeitamente possível a invocação da Lei nº 8.429/92 em sede de ação popular. Em fundamentação à assertiva, Luiz Manoel GOMES JUNIOR apresenta dois motivos que esclarecem essa possibilidade: a) a improbidade administrativa nada mais é que a imoralidade acentuada, pois *"da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo pois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência fundamental mínima"*; e b) a ação popular, na realidade, "é a forma usual de impugnar atos que afrontem a Moralidade Administrativa e não a Ação Civil Pública", já que a legitimação daquela é ampla, pois qualquer cidadão pode propô-la. Interpretação em *contrario sensu* conduziria a raciocínio contraditório, qual seja, "a Lei de Improbidade, justamente emitida para coibir condutas prejudiciais à Administração, somente seria invocável em demandas cuja legitimação é restrita – Ação Civil Pública – sendo que não são estes os seus objetivos".[58]

---

56. Arts. 2º e 3º da Lei nº 4.717/65.
57. Lei nº 8.429, de 02.06.92. A improbidade administrativa é o "designativo técnico para a chamada corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos." (PAZZAGLIANI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Atlas, 1998, p. 39-40).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 271 5/3/2007 12:34:24

Essa concepção é resultado da interpretação concretista da cidadania, na legitimação do Estado Democrático de Direito como princípio fundamental da Constituição vigente. Ampliar os instrumentos de atuação da sociedade, principalmente quanto à proteção do patrimônio público e moralidade administrativa faz-se necessário frente à complexidade (senão, obscuridade) das relações entre o Estado e seus administrados, com relação à gestão da coisa pública. Constatado o exercício indevido do agente público no comando da agência, com a obtenção de vantagens patrimoniais às expensas do erário, legitima o ajuizamento da ação popular para garantir a lisura do modelo regulatório e o respeito ao interesse público.

A regularidade nas finanças públicas e os gastos e despesas realizadas pela Administração Pública, por outro lado, qualificam-se também como preocupação de relevo nesse perfil de Estado Regulador. Publicada no ano de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal auxilia os mecanismos jurídicos na repressão a má administração e gerenciamento das contas públicas. O controle financeiro da máquina administrativa também pode ser invocado em sede de ação popular.

Além das hipóteses dispostas no art. 4º que disciplina a referida ação, há outras situações, agora previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, que caracterizam a presença, de forma presumida, de lesividade ao patrimônio público. Por orientação do art. 15 do referido diploma, qualquer geração de despesa ou assunção de obrigação pelo agente público que não atender as orientações dos arts. 16 e 17 será considerada irregular e lesiva *jure et jure* ao patrimônio público.

Realizados, por exemplo, empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens, execução de obras ou até mesmo desapropriação de imóveis urbanos pela agência, sem o devido acompanhamento de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deve entrar em vigor (ou nos dois subseqüentes) – a diretoria responsável pode ser demandada judicialmente, via ação popular[59], por constituírem, presumidamente por lei, ações lesivas ao erário.[60]

A eficácia desse instrumento, não se encontra exclusivamente no manancial normativo em vigor no País, pois como se observa há bases jurídicas bem delineadas para a sua configuração e processamento. Na realidade, demanda maior transparência dos atos e decisões praticados por essas entidades reguladoras,

59. Ressalta-se que essa situação fática pode ser objeto de ação civil pública. Essa possibilidade será melhor trabalhada no presente estudo quando do controle da autonomia das agências reguladoras pelo Ministério Público.
60. Art. 16, I e §4º, da Lei Complementar nº101/2000.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 272 5/3/2007 12:34:24

para que seja factível a fiscalização e controle popular para a boa execução do quadro regulatório pelo Estado. A publicidade, transparência e responsabilidade administrativa na prestação de contas (princípio do *accountability*) são variáveis que influenciam diretamente na produção de subsídios imprescindíveis para o sucesso da ação popular como, em sede de democracia participativa, instrumento de limitação da autonomia das agências reguladoras e, conseqüentemente, na qualidade da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada.

Vale ressaltar, ainda, que essa aproximação da Administração Pública de seus administrados, na ampliação dos canais de acesso e de comunicação transparente, também depende de uma reforma processual, importando celeridade na tramitação do processo perante nossos tribunais, redução de instrumentos recursais e otimização da execução das decisões judiciais, especialmente quando o Estado apresenta-se no pólo passivo da demanda.

4.4. Mandado de Segurança e *Habeas Data*

Como se observa, a omissão na legislação acerca da participação popular na estruturação, funcionamento e controle das agências reguladoras não elimina as garantias constitucionais. "Não é possível a agência opor o argumento de que a lei não impôs como obrigatória a consulta aos particulares como forma de rejeitar a participação popular". Também não "cabe invocar o exaurimento da oportunidade própria como forma de rejeitar a prestação de informações ou o recebimento de colaborações da sociedade."[61]

Compreende-se que a autoridade das agências frente aos agentes econômicos submetidos à sua atuação, como todo o processo de institucionalização do modelo regulatório, dependem diretamente da legitimação de suas ações em prol do desenvolvimento socioeconômico e tecnológico dos setores de interesse coletivo recém privatizados. Para tanto, é necessária a tutela de direitos fundamentais dos administrados como usuários sujeitos à pressão econômica da iniciativa privada (prestadoras de serviços) e aos marcos regulatórios.

Independentemente de previsão legislativa, o controle difuso da sociedade, reservado aos cidadãos pelo ordenamento jurídico constitucional, caracteriza-se como condição particular para a institucionalização dessas entidades que são as verdadeiras representantes do perfil adotado pelo País pós-reforma administrativa na década de 90.

---

61. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 587.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 273 5/3/2007 12:34:24

Nesse sentido, garantias constitucionais como mandado de segurança e *habeas data* também podem ser acionadas no intuito de tutelar os direitos fundamentais do cidadão diante da autoridade exercida pelas agências reguladoras. São ações constitucionais que, em conjunto com as demais garantias, proporcionam ao administrado amplo instrumental jurídico na busca do devido respeito à sua condição de usuário de serviços públicos.

Em análise do mandado de segurança, BASTOS ressalta sua importância no controle do poder estatal: "O mandado de segurança constituiu uma forma judicial de tutela dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, seja qual for a autoridade responsável. É um recurso técnico-jurídico que pressupõe uma determinada evolução no processo de controle do poder estatal e, conseqüentemente, da repercussão deste sobre os indivíduos, cujos direitos só foram efetivamente protegidos com o advento do liberalismo, inspirador de solenes Declarações de Direitos e de Constituições escritas".[62]

Com essa preocupação no que diz respeito à proteção de direitos subjetivos, a Constituição de 1934[63] já trazia em seu bojo normativo a figura do mandado de segurança como garantia constitucional. Na Constituição em vigor, o instituto está esculpido no art. 5º, incisos LXIX e LXX, e regulamentado pela Lei nº 1.533, de 13.12.1951. Trata-se de, segundo Hely Lopes MEIRELLES, de instrumento processual colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a tutela de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data.*[64]

É perfeitamente possível, portanto, exercer a referida ação constitucional, por parte do administrado, para cessar lesão (ou ameaça) de direito manifesto em lei e apto a ser exercitado em virtude de prática comissiva ou omissiva de qualquer autoridade (conselheiro ou diretor) ou funcionário de agência reguladora. Além disso, também cabe à referida medida quando se tratar de constrangimento a direito líquido e certo por conduta de empresas prestadoras de serviço público, pois exercem a atividade econômica em nome do Estado, em razão da delegação por meio de concessão, permissão ou autorização.

Inovou a Constituição de 1988 ao dispor, no art. 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo. Nessa nova roupagem, torna-se ação competente também para

62. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional...*, p. 216.
63. "Art. 113, item 33. Nas demais Constituições: CF/46, art. 141, §24; e CF/67, art. 150, §21.
64. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 21-22.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 274 5/3/2007 12:34:24

a tutela de direito coletivo, qual seja, pertencente a uma coletividade ou categoria representada por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O tratamento constitucional, em sede de mandado de segurança coletivo, impõe a proteção, portanto, de direito líquido e certo de determinada categoria ou associação e não afeto a um ou outro indivíduo membro da entidade representativa. Também entende a jurisprudência, hodiernamente, que não há necessidade, para a impetração do *writ* coletivo, a expressa autorização dos associados, nos termos do art. 5º, XXI, da CF/88, pois a entidade impetrante age, nesse caso, como autêntica substituta dos interesses dos seus membros ou filiados.[65]

Outra novidade do texto constitucional de 1988 é a presença do *habeas data*, designado para assegurar o conhecimento de informações pessoais do impetrante (pessoa física ou jurídica) constadas nos registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, como também para a devida retificação (e supressão) de tais dados, quando inexatos, conforme dispõe o art. 5º, LXXII, "a" e "b".[66]

O pólo passivo dessa ação constitucional compreende entidades que compõem tanto a Administração Pública direta como a indireta (como as agências reguladoras). Quanto às entidades de caráter público, são pessoas físicas ou jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público ou de interesse público, por exemplo, as concessionárias e permissionárias.

Como se observa, ampliam-se ao administrado os meios de acesso e interação com a Administração Pública e suas entidades representativas. Refere-se à tutela do direito de conhecer e retificar informações pessoais armazenadas por órgãos governamentais ou entidades de caráter público. No entanto, cabe ressaltar que, embora complementares, não se confunde com o direito de se obter informações de órgãos públicos, pois "neste é concedido ao indivíduo acesso àquelas informações que dizem respeito à atuação administrativa, [...] nada tendo haver com a obtenção de informações pessoais, que são próprias do *habeas data"*.[67]

---

65. Nesse sentido, STF – MS nº 22132-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.08.96, DJ 18.11.1996, RTJ 166:01; TJ – SP – MS nº 10.503-O, rel. Des. Yussef Cahali, j. 18.04.1990, RT 657:74.
66. Dispositivo constitucional regulamentado pela Lei nº 9.507, de 12.09.1997.
67. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*..., p. 229.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 275 5/3/2007 12:34:25

O *habeas data* também não se confunde com o direito constitucional de petição e de obter certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, "a" e "b", da CF/88), "justificando-se pelo simples interesse, que não necessita de maiores motivações, do impetrante que deseja conhecer o teor dos dados e registros e eventualmente retificá-los". Nesse sentido, só caberá a impetração "se a autoridade se recusar a prestar as informações ou a fazer as correções em tempo razoável"[68]. Entendimento esse do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, de acordo com a sua Súmula 2, "Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, "a") se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa."

Cristalina, portanto, é a possibilidade de aplicação da referida garantia constitucional na defesa do usuário frente à recusa por parte da agência reguladora, ou até mesmo, pela própria empresa prestadora de serviço público de lhe fornecer informações pessoais, constantes em seus registros ou bancos de dados[69], ou mesmo de retificá-las, se não preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo[70], quando apresentarem inconsistências.

Por outro lado, se não houver justificativa bastante para legitimar a posse dessas informações de caráter pessoal por parte da agência reguladora, ou até mesmo pela concessionária ou permissionária de serviços públicos, configura-se lesão ao direito à intimidade tutelada pelo art. 5º, X, da Constituição Federal. É necessário que essas informações, constantes nos registros e bancos de dados dessas pessoas, sejam essenciais para o exercício de suas atividades, a fim de não violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do cidadão.

4.5. Ação civil pública

Disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24.07.85, a ação civil pública permite a defesa de interesses transindividuais relativos ao meio ambiente, consumidor, patrimônio público, social e cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), a infrações com relação à ordem econômica, urbanística e quaisquer outros interesses difusos ou coletivos[71]. Assim, não se

68. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 231.
69. Nos termos do Parágrafo Único do art. 1º da Lei nº 9.507/97, são considerados como de caráter público "todo o registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam do uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações."
70. Como a própria Lei do *Habeas Data* não disciplina este processo judicial sigiloso, entendemos que deverá seguir o rito ordinário, correndo sob segredo de justiça (na forma do CPC, art. 155). O processo administrativo sigiloso, evidentemente, só será aplicável às 'entidades governamentais'." (MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 242).
71. Art. 129, III, da CF/88; Art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, ampliado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 88) e pela Lei nº 10.257, de 10.07.01, que incluiu a ordem urbanística. É

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 276 5/3/2007 12:34:25

"presta a amparar direitos individuais nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva."[72]

O exercício funcional das agências reguladoras trata-se de ferramenta processual de relevo nas mãos do Ministério Público como principal personagem na tutela da integridade do patrimônio público e garantia da probidade administrativa.

A moralidade administrativa é pressuposto no exercício do cargo pelos diretores dessas autarquias de regime especial. Pelo fato de deterem atribuições legais amplas e com assegurada independência, o cuidado em fiscalizá-los deve ser redobrado, o que importa ao Ministério Público fundamental papel nesse cenário. Sob o manto, portanto, da Lei de Improbidade Administrativa, essa instituição essencial à Justiça, por meio da ação civil pública, tem o dever de requerer ao Poder Judiciário a sanção a atos de agente público, servidor ou não, que atentem contra a Administração Pública direta e indireta ou fundacional de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual.[73]

Nesse sentido, é constatado que o diretor ou qualquer outro funcionário ou servidor de agência, no exercício de suas atribuições funcionais, praticar ato comissivo ou omissivo, que importe em enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, ou que atente contra os princípios da Administração Pública, cabe ao Ministério Público demandá-lo judicialmente, valendo-se da ação civil pública.[74]

Por outro lado, a Lei de Responsabilidade Fiscal[75], recentemente criada para estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, amplia ainda mais o escopo jurídico desse instrumento processual

---

importante informar que se trata de instituto com ampla aplicação e, por isso, objeto de inúmeros estudos. No entanto, sob os contornos do tema do presente trabalho, objetiva-se analisá-lo quanto à sua aplicação e eficácia perante as agências.

72. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...*, p. 152.
73. Art. 1º, da Lei 8.429, de 02.06.92.
74. Quanto à classificação dos atos de improbidade administrativa, MAZZILLI apresenta, de acordo com os arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, três categorias: a) os que importam enriquecimento ilícito (auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade); b) os que causam prejuízo ao erário (ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres) e c) os atentatórios contra os princípios da Administração Pública (ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições). (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 107-111).
75. Lei Complementar nº 101/2000.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 277 5/3/2007 12:34:25

de proteção dos interesses transindividuais. O Ministério Público, escoltado por essa preocupação pelo Legislativo de fiscalizar o erário e, conseqüentemente, punir as condutas lesivas ao patrimônio público, pode acionar judicialmente o administrador público que não observar, em suas atividades, a regularidade orçamentária. Para tanto, notória a importância da ação civil pública como principal recurso na sistemática processual vigente no País.

Por outro lado independentemente da instauração do processo judicial, o Ministério Público também detém competência constitucional exclusiva para instaurar inquérito civil público, "para colheita de provas e informações atinentes ao desempenho das funções próprias das agências reguladoras".[76]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade da relação entre Estado e iniciativa privada, no atual cenário de livre mercado e presença de *global players* na prestação de serviços públicos, demanda processo de qualificação dos instrumentos de intervenção estatal no domínio econômico, particularmente o exercício do poder de polícia da Administração Pública.

Para responder a necessidade de gestão pública eficiente, voltada para resultados – de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98 –, a Administração Pública adotou o modelo regulatório norte-americano, com a presença de agências reguladoras, dotadas de ampla autonomia e com a proposta de exercício funcional caracterizado pela tecnicidade, agilidade e presteza.

No entanto, o processo de "agencificação" da Administração Pública brasileira, como forma de operacionalização do papel regulador estatal, apresenta problemas substanciais quanto à adaptação das agências na estrutura organizacional administrativa e no sistema jurídico pátrio.

Isso porque a autonomia das agências reguladoras encontra resistência frente ao sistema administrativo brasileiro, de forte centralização e hierarquia, decorrente da influência do direito francês. Nesse sentido, esses órgãos, no país, dificilmente chegarão a ter a autonomia obtida por suas congêneres estadunidenses.

No plano político-institucional, o modelo regulatório instituído, diante o Poder Legislativo, revela fragilidade do Parlamento e de seus órgãos auxiliares,

76. JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 589.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 278 5/3/2007 12:34:25

como o Tribunal de Contas, na fiscalização da prática administrativa, no que diz respeito à tutela dos limites legais impostos à atuação reguladora.

O próprio processo político do Governo atual, baseado na coalização partidária e na formação de maioria parlamentar para aprovação de reformas do interesse do Executivo, compromete a imparcialidade e a efetividade do controle legislativo das agências reguladoras.

Assim, a legitimação desse modelo regulatório, diante das dificuldades institucionais das agências em se adaptar ao sistema tradicional administrativo, demanda participação efetiva da sociedade. A eficácia do exercício funcional das agências reguladoras relaciona-se diretamente com o fortalecimento e ampliação dos instrumentos democráticos de participação cidadã na esfera pública.

O controle social impõe a essas entidades autárquicas especiais o respeito aos preceitos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais do cidadão, como o direito de informação e de petição, plebiscito, referendo, ação popular, mandado de segurança, *habeas data* e ação civil pública.

Ademais, o referido controle também proporciona a ampliação e concreção de modalidades de participação-cidadã, como ouvidoria, audiências e consultas públicas, Internet, e-mail, e outras ferramentas de acesso a informações sobre a política regulatória.

Por isso, viabilidade dessa participação da sociedade civil, na condução da política regulatória capitaneada pelas agências, pressupõe uma cultura pública, pressuposto para o enfrentamento do autoritarismo social – baseado na obscuridade e uso de critérios tecnoburocráticos na conduta administrativa – e da apropriação do público pelo privado. Baliza-se, nesse sentido, pelos princípios da transparência, responsabilidade e moralidade administrativa, em sede de regulação de serviços públicos, o que leva à construção de mediações sociopolíticas e de decisões viáveis por parte das agências reguladoras.

Assim, a institucionalização das agências reguladoras, como instrumentos de tutela do desenvolvimento socioeconômico de setores estratégicos e de interesse coletivo, em consonância com os princípios constitucionais da ordem econômica atual, vincula-se, por um lado, ao reconhecimento de sua autonomia como *conditio sine qua non* da eficácia do seu exercício funcional e, por outro, à submissão aos instrumentos processuais de controles juspolíticos e sociais revelados por um regime democrático participativo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 279 5/3/2007 12:34:25

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional:* estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* São Paulo: Perspectiva, 1979.

ATALIBA, Geraldo. Ação popular na Constituição brasileira. *Revista de direito público,* São Paulo, n. 76, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 6 e 19 eds. São Paulo: Malheiros, 1995/2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania:* a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,* Belo Horizonte, v. 28, ns. 23, 24, 25, 1982.

BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. *Revista de direito administrativo,* Rio de Janeiro, Renovar, n. 225, jul/set. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 17 ed. São Paulo: Saraiva.

_____. *Curso de direito econômico.* São Paulo: Celso Bastos Ed., 2003.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.* 2 ed. São Paulo: Ed. Ática, 1996.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da Administração. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, Renovar, n. 38, [s. d.].

BOBBIO, N.*;* MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política.* 2 ed. Brasília: Ed. UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luiz A. C. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito.* Campinas: Millennium, 2005, cap. I.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 280 5/3/2007 12:34:25

CAMPELO DE MELO, Marcus André Barreto. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOC, n. 116 (46), 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1998.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v. I.

_____. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Forense, 1967

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo.* 19 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, ano 9, n. 37, out/dez. 2001.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social:* pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ELSTER, John. *Ulysses and the sirens, studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ENCICLOPÉDIA BARSA. *Narciso (mit.):* verbete. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1982, v. 11.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. S. *Constituição de 1988*: legitimidade, vigência e eficácia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: RT, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil*: direito fundamental. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 281 5/3/2007 12:34:26

_____. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, n. 30, 2000.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos.* 2 ed. São Paulo: Ed. Forense, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos. *RePro*, São Paulo, RT, n. 48, 1987.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo.* São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MÓI, Fernanda de P. F.; FERREIRA, Luiz A. C.; TEOTÔNIO, Paulo J. F. Modalidades de participação-cidadã no horizonte de formação do direito positivo. In: FERREIRA, Luiz A. C. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito.* São Paulo: Millennium, 2005, cap. IV.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de direito constitucional,* São Paulo, RT, ano 8, n. 32, jul/set. de 2000.

PACHECO, Regina. El control de las agencias reguladoras en Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? *Responsabilización y evaluación de la gestión pública.* Caracas: CLAD, 2005.

PAZZAGLIANI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Atlas, 1998.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 282 5/3/2007 12:34:26

PINTO FERREIRA, Luís. *Curso de direito constitucional.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, De Pácido e. *Vocabulário jurídico.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta:* Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2002.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder.* São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.

SOUZA, Nelson Oscar de. Ação popular. *Revista de direito constitucional e internacional,* São Paulo, RT, ano 8, n. 30, jan/mar. 2000.

SUSTEIN, Cass. Constitucionalismo após o New Deal. *Regulação econômica e democracia.* São Paulo: Ed. 34, 2004.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). *Agências reguladoras.* São Paulo: Atlas, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 283 5/3/2007 12:34:26

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 284 5/3/2007 12:34:26

Capítulo XII
Os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 e o direito fundamental à moradia

*Luiz Rodrigues Wambier**

Os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 estabelecem como condição para a concessão e manutenção de liminares, "nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários", que aquele que obteve o crédito imobiliário deverá: 1.º) discriminar na petição inicial os valores sobre os quais pretende controverter; 2.º) continuar a pagar o valor tido por incontroverso.[1]

A sistemática adotada pela referida Lei não é nova no direito brasileiro. Há várias técnicas, previstas tanto no Código de Processo Civil quanto em leis especiais, que dão tratamento diferenciado à obrigação incontroversa, ou à parte incontroversa do pedido. Por exemplo, na ação de despejo por falta de pagamento, fundada no art. 62 da Lei 8.245/91, é tranqüila a jurisprudência no sentido de que "a contestação à ação de despejo por falta de pagamento apenas surtirá efeito desconstitutivo do direito do locador, *se acompanhada do depósito da importância acaso tida como incontroversa*" (Súmula 28 do extinto 2.º TACivSP; g.n.).

---

* Mestre em Direito pela UEL, Doutor em Direito pela PUC/SP, Advogado no Paraná e em Brasília, Professor no Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto.

1. "Art. 49. No caso do não-pagamento tempestivo, pelo devedor, dos tributos e das taxas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto do crédito imobiliário respectivo, bem como das parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato e de quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel, poderá o juiz, a requerimento do credor, determinar a cassação de medida liminar, de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela que tenha interferido na eficácia de cláusulas do contrato de crédito imobiliário correspondente ou suspendido encargos dele decorrentes." "Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia. § 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. § 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados. § 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato: I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido. § 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto. § 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 285 5/3/2007 12:34:26

Similarmente, o CPC contém regra específica, quanto à parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6.º).

A esse respeito, deve-se notar que a regra segundo a qual a parte deve cumprir a parcela da obrigação sobre a qual não há controvérsia, enquanto tramita ação a respeito da outra parcela da dívida, encontra-se em consonância com os princípios que regem o direito contratual contemporâneo. O art. 422 do CC estabelece expressamente, que "os contratantes são obrigados a guardar, assim não conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé." O princípio da boa-fé objetiva, a que se refere o art. 422 do CC, é "uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional *um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte*",[2] princípio este que tem desdobramentos no *dever contratual de cooperação*. Por isso, *as normas tendem a impor às partes uma conduta ética, por via da coerção jurídica*.[3]

Desse modo, assim como o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor comportamento ético no sentido de, na *formação* do contrato, prestar a informação adequada acerca do serviço prestado (CDC, art. 6.º, inc. III), impõem as normas jurídicas ora examinadas *comportamento ético* ao devedor, na fase de execução do contrato.

Os princípios contemporâneos do Direito Civil, e particularmente o princípio da boa-fé objetiva, ressoam em técnicas processuais que reprimem o inadimplemento desmotivado, como as citadas acima, e repercutem, também, *no ambiente negocial, ainda que inexista disposição legal específica, para cada espécie de contrato*. Por isso que, em ação movida pelo devedor, com o intuito de retirar o registro de seu nome de cadastro restritivo de crédito, sendo discutida apenas parte do débito, *a liminar somente pode ser concedida se o devedor depositar o valor referente à parte tida por incontroversa*.[4] Os argumentos que fundamentam esta orientação são os seguintes: a) o fato de o devedor ser protegido pelo Código de Defesa do Consumidor não significa que o consumidor não deva pagar suas dívidas;[5] b) o simples fato de parte da dívida estar sendo discutida em juízo não é

2. Cf. Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. II, Forense, 2003, p. 33, g.n.
3. Cf. Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 27-28. Semelhantemente, cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 7. ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 92 ss.
4. STJ, REsp 527618/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 2ª Seção, julgado em 22.10.2003, DJ 24.11.2003 p. 214. Trechos da decisão são citados abaixo.
5. "O Código de Defesa do Consumidor veio em amparo ao hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas" (REsp 527618/RS, cit., trecho do voto condutor do acórdão).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 286 5/3/2007 12:34:26

fundamento para que o restante da dívida não seja adimplido;[6] c) frequentemente, tais ações são movidas apenas com o intuito de impedir o credor de exigir o cumprimento da obrigação, e não, propriamente, de se discutir eventuais vícios do contrato.[7] A jurisprudência mais recente do STJ é pacifica nesse sentido.[8]

Assim, os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 inserem-se em um contexto jurídico mais amplo: por um lado, não se nega que o devedor tem direito de discutir sua dívida ou cláusulas contratuais em juízo; porém, *considera-se inadmissível que o ajuizamento de tal ação seja artifício que permita ao devedor deixar de cumprir suas obrigações*.

Assim, quando os arts. 49 e 50 da Lei 10.931 estabelecem, como condição para a concessão e manutenção de liminares em favor daquele que obteve o crédito imobiliário, que este deve discriminar na petição inicial os valores sobre os quais pretende controverter e continuar a pagar o valor tido por incontroverso, *estão, tais dispositivos legais, a materializar o princípio jurídico da boa-fé objetiva*.

Por outro lado, é importante atentar que o contrato é *fator econômico e social* (CC, art. 421), que integra, em situações como as ora analisadas, uma *rede de relações contratuais*.[9] Assim, "tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das conseqüências da nova *socialidade* do contrato".[10]

Essa constatação é relevantíssima, especialmente nestes dias, já que, em razão da rapidez do tráfego das informações, *o ocorrido em um contrato logo repercutirá em contratos atuais e futuros*. Assim, se o grau de inadimplência do devedor é elevado, o credor tenderá a *agravar as condições do contrato* em relação ao próximo contraente, que tenha perfil semelhante ao do contraente

7. Assim afirma o Min. Cesar Asfor Rocha, no julgado citado: "Devo registrar que *tenho me deparado, com relativa freqüência, com situações esdrúxulas e abusivas nas quais devedores de quantias consideráveis buscam a revisão de seus débitos em juízo, que nada pagam, nada depositam e, ainda, postulam o impedimento de registro nos cadastros restritivos de crédito*" (REsp 527618/RS, cit.; g.n.).
8. No mesmo sentido, cf., dentre outros, os seguintes julgados: STJ, REsp 662.358/PE, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., julgado em 20.09.2005, DJ 17.10.2005 p. 184; STJ, REsp 608716/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T., julgado em 16.09.2004, DJ 25.10.2004 p. 308; STJ, REsp 725.761/PE, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª T., julgado em 01.09.2005, DJ 26.09.2005 p. 374; STJ, REsp 744745/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª T., julgado em 24.05.2005, DJ 01.07.2005 p. 560.
9. Sobre as *redes contratuais*, cf., amplamente, Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 42-112.
10. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil anotado*, 2. ed., RT, 2003, p. 337.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 287 5/3/2007 12:34:27

inadimplente; diversamente, se menor o grau de inadimplência, e repetindo-se tal circunstância em vários contratos, os próximos contratos tenderão a ser realizados em melhores condições para os próximos contraentes.

Evidentemente, tais fatores serão levados em consideração pelo credor também em relação ao devedor que, no cumprimento do contrato, age em maior ou menor conformidade com o princípio da boa-fé objetiva. Assim, o cumprimento correto da obrigação pelo devedor que, embora discuta parte da dívida, paga a parcela incontroversa, demonstra que se está diante de um devedor merecedor de legítima confiança, e que, por tal razão, poderá realizar negócios em condições que lhe sejam mais favoráveis. A propósito, este aspecto foi recentemente notado em julgado do TRF da 4ª Região: "As audiências de conciliação, amplamente difundidas na Justiça Federal, a partir da experiência deste Tribunal, *tem demonstrado que os mutuários que têm depósitos judiciais fazem os melhores acordos*."[11] Naturalmente, tais mutuários fazem melhores acordos porque demonstram que têm intenção de adimplir o contrato, e que muito provavelmente não há riscos de inadimplemento desmotivado. Já o oposto ocorrerá com o devedor que, em face do ajuizamento da ação, deixa de adimplir a parcela da dívida tida por incontroversa. Em razão dos princípios que vimos analisando, tendo em vista que este devedor não desperta confiança, eventuais negociações de que vier a participar normalmente se darão em condições menos favoráveis.

É interessante notar, ainda, que a regra que impõe o adimplemento do valor incontroverso pelo devedor de obrigação relativa a empréstimo imobiliário realiza, materialmente, o direito fundamental à moradia, que é assegurado expressamente pela Constituição (art. 6.º), e que decorre, diretamente, do princípio fundamental do respeito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III)[12].

Toda a legislação infraconstitucional deve ajustar-se a estes princípios constitucionais, a fim de que este direito seja efetivo (isto é, *realizado praticamente*), e se garanta que todos os cidadãos tenham acesso à sua moradia própria. Sob este

11. TRF-4ª Reg., ApCív 2000.72.02.002698-0-SC, rel. Des. Erivaldo Ribeiro dos Santos, j. 01.03.2005.
12. O STJ se manifestou no sentido de que *o direito à moradia deve ser protegido porque se trata de direito fundamental da pessoa humana* (STJ, EREsp 182223, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.02.2002, DJ 07.04.2003 p. 209, *RT* 818/158). Semelhantemente, decidiu o TRF-4ª Reg. que, "no caso dos financiamentos habitacionais regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), a relevância social e o interesse público – e por conseqüência, a indisponibilidade – estão bem caracterizados, uma vez que *o direito à moradia constitui um direito básico de qualquer cidadão, um requisito mínimo de uma vida digna a que todos temos direito"* (TRF-4ª Reg., EI na ApCív 9876, rel. Des. Valdemar Capeletti, j. 10.11.2003, DJ 19.11.2003 p. 660, g.n.).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 288 5/3/2007 12:34:27

aspecto, deve ser considerada inconstitucional toda a regra que crie obstáculo à consecução deste direito[13].

Assim, por exemplo, uma decisão judicial que, ao diminuir o valor da prestação mensal devida pelo mutuário, sobrecarrega o saldo devedor e, conseqüentemente, amplia o prazo de pagamento da dívida, *viola, diretamente, o direito constitucional à moradia*. É que, como é cediço, *enquanto não saldada integralmente a dívida, o mutuário não exercerá, em sua plenitude, o direito de propriedade sobre o imóvel*. Uma decisão assim proferida, a pretexto de favorecer o mutuário, acaba resultando em expressivo prejuízo, *já que posterga a realização do direito à moradia*.

Pense-se, por exemplo, em caso em que o mutuário pretenda adimplir apenas a parcela da dívida relativa aos juros, postergando a amortização do valor principal. É indubitável que tal decisão satisfaz o interesse do mutuário em *pagar uma prestação mensal menor*, ainda que o faça apenas imediatamente. No entanto, esta decisão *causa ao mutuário um mal maior*, já que posterga o pleno acesso à moradia, uma vez que *o valor devido que não seja imediatamente adimplido deverá ser pago no futuro*, o que poderá fazer do mutuário um *eterno devedor*, transformando seu direito constitucional à moradia em quimera. Decidiu-se corretamente, sob este prisma, que "*a fixação da prestação mensal, que apenas antecipa juros, não realiza o direito à moradia e cria falsa expectativa de cumprimento do contrato* [...]".[14]

É certo, diante disso, que, ao se permitir o não pagamento das prestações devidas, de modo incontroverso, pelo mutuário, o Poder Judiciário *contribui com a inadimplência, e frustra os objetivos pretendidos pela Constituição, em seu art. 6.º*.

Por isso, deve o sistema jurídico – e bem assim as decisões do Poder Judiciário a respeito dessas questões – conter soluções que contribuam para que se dê a aquisição do imóvel pelo mutuário, *e não para que este deixe de pagar a prestação contratualmente ajustada*, o que, em última análise, acaba lesando o direito constitucional à moradia.

---

13. Já se decidiu que "a legislação federal sobre o Sistema Financeiro da Habitação, inclusive infralegal, e a atividade fiscalizadora e disciplinadora de seus entes *têm por objetivo dar efetividade ao direito social fundamental a moradia, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal*" (TRF-3ª Reg., ApCív 288179, rel. Des. André Nabarrete, j. 29.04.2003, DJ 17.06.2003 p. 184; g.n.).
14. TRF-4ª Reg., ApCív 584460, rel. Des. Jairo Schafer, j. 30.03.2005, DJ 04.05.2005 p. 696.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 289 5/3/2007 12:34:27

Nesse sentido, decidiu-se, corretamente, que a pretensão do mutuário em não depositar em juízo as quantias devidas "sob o argumento de que o direito à moradia é previsto constitucionalmente não se mostra razoável, pois *não é dado ao Poder Judiciário chancelar a inadimplência dos mutuários*, mas apenas *assegurar-lhes o direito de efetuar o pagamento do seu débito em conformidade com a previsão contratual, o que efetivamente contribui para a consecução do objetivo traçado pela Constituição."*[15]

Vê-se, diante disso, que os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004 integram este esforço, ou, mais que isso, *realizam, na prática, o comando constitucional*, já que, ao impedir que o mutuário deixe de adimplir o valor tido por incontroverso, fazem com que o mesmo alcance, dentro do prazo contratual e sem protelação, a sua moradia. Caso, ao contrário, se permitisse que o valor tido por incontroverso tivesse seu pagamento postergado, a moradia do mutuário seria, também postergada – já que o valor devido deverá ser pago, mais cedo ou mais tarde, como condição para a liberação do imóvel ao mutuário.

A realidade tem demonstrado que o não pagamento do valor incontroverso pode gerar conseqüências *ainda mais negativas*, para o mutuário. Consoante constatou recente decisão do TRF da 4ª Região, já citada, se o mutuário deixar de pagar corretamente as prestações mensais em seu vencimento, *"será forçado a inadimplir* [a obrigação] *por completo, dificultando a recomposição do contrato, ao final da ação"* [16]. Evidentemente, caso, ao final da tramitação da ação, o mutuário não consiga adimplir a soma dos valores atrasados, o contrato será rescindido, com a conseqüente perda do imóvel pelo mutuário. Tal situação, naturalmente, contrariaria o art. 6.º da Constituição.

Percebe-se que, sob este prisma, os arts. 49 e 50 da Lei 10.931 não deixam de ter também um aspecto "pedagógico", na medida em que orientam o devedor no sentido de que melhor que correr riscos que gerarão resultados que não poderão ser suportados ao final do processo, é pagar a quantia que, reconhecidamente, é devida ao credor, permitindo-se, então, ao mutuário, a fruição plena do direito de propriedade, no tempo previsto contratualmente.

15. TRF- 1ª Reg., ApCív 170862, rel. Des. Selene Maria de almeida, j. 13.08.2004, DJ 23.08.2004.
16. TRF-4ª Reg., ApCív 2000.72.02.002698-0-SC, rel. Des. Erivaldo Ribeiro dos Santos, j. 01.03.2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 290 5/3/2007 12:34:27

Capítulo XIII
Constituição e redistribuição de processos na Justiça do Trabalho

*Manoel Jorge e Silva Neto**

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos infraconstitucionais da redistribuição de processos. 3. Aspectos constitucionais. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

O signo "celeridade processual" tem se convertido em autêntica obsessão da Justiça brasileira, mais ainda quando pesquisas de opinião têm revelado que as pessoas de uma maneira geral apontam a morosidade como o mal maior do sistema judiciário brasileiro.

É dentro desse contexto e adotado igualmente esse comportamento que atua a Justiça do Trabalho.

Reconhecida por todos como a porção mais célere do Poder Judiciário brasileiro, a Justiça do Trabalho, no entanto, tem convivido com vertiginoso recrudescimento da conflitualidade que, de fato, compromete grandemente a sua decantada rapidez.

Contudo, iniciativas são adotadas pelos tribunais trabalhistas com o propósito de redirecionar o instrumento processual para a via da rapidez e da efetividade.

E uma dessas alternativas é precisamente a redistribuição de processos trabalhistas existentes nas antigas Varas dentre aquelas recém-criadas, procedimento que pretende solucionar o grave problema da morosidade das execuções trabalhistas, invariavelmente reputadas como o "calcanhar de Aquiles" do processo do trabalho.

* Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Cadeira nº 64)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 291 5/3/2007 12:34:27

Mas contra a redistribuição argüi-se vulneração às nromas processuais e da Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim ofensa a diversos preceitos da Constituição de 1988, dentre os quais o referente ao princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII).

O objetivo deste trabalho é examinar o procedimento de redistribuição com amparo nas previsões da legislação ordinária e sobretudo à luz do sistema constitucional.

E o faremos mediante a tentativa de responder a duas perguntas : a) A redistribuição de processos em fase de execução para novas Varas do Trabalho implica em ofensa a dispositivos da legislação processual trabalhista ou dos preceitos processuais comuns com esta compatíveis ?; b) A mencionada redistribuição vulnera princípios e/ou direitos fundamentais prescritos na Constituição de 1988?

2. ASPECTOS INFRACONSTITUCIONAIS DA REDISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS

A norma consolidada que se apresenta como dado inicial à solução do problema proposto é a referida no art. 877: "É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio".

Com efeito, tratando-se de execução de julgado, firma-se a competência do magistrado que conciliou ou julgou o processo, em reverência, inclusive, ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, referido no art. 87, do Código de Processo Civil, de irrefutável aplicação subsidiária no processo do trabalho (art. 769, da CLT).

Efetivamente, a orientação jurisprudencial sumulada dos Tribunais Superiores impede a modificação da competência, tanto no caso da execução de título judicial, como na hipótese também de execução fiscal, ao ponto de o Superior Tribunal de Justiça ter sufragado que "proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada", consoante prevê a Súmula nº 58.

Disciplina da espécie pode ensejar interpretação segundo a qual não há fundamento jurídico para a redistribuição de processos em fase de execução para outros órgãos jurisdicionais trabalhistas, desde que se entenda, de modo semelhante, que a impossibilidade de alteração da competência em casos tais assume natureza de vedação absoluta quanto à fixação, por lei ou ato administrativo, de distinto órgão judicial para processar a *executio*.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 292 5/3/2007 12:34:28

É necessário, portanto, investigar-se se o princípio da perpetuação da jurisdição se reveste de natureza absoluta dentro do processo do trabalho.

A própria legislação processual comum não confere ao postulado em questão foros de incidência incondicionada ou absoluta, tanto que indica a existência de duas circunstâncias impositivas à não perpetuação da jurisdição : a) supressão do órgão judiciário; b) alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia (neste sentido ver a Súmula nº 10 do Superior Tribunal de Justiça).

Logo, no altiplano do processo do trabalho, igualmente se impõem as ressalvas previstas no art. 87, do CPC.

Contudo, diante da especificidade do processo trabalhista, exceções outras há ao princípio da perpetuação da jurisdição, tornando-o menos absoluto ainda no contexto desta Especializada.

Deveras, observe-se a literalidade do parágrafo único do art. 872, da CLT : "Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão".

Concerne o dispositivo à possibilidade de propositura de ação de cumprimento, que detém a natureza jurídica de *dissídio individual executório da sentença normativa*[1], não perante o órgão jurisdicional prolator da decisão – no caso o Tribunal Regional do Trabalho -, mas sim junto à Vara do Trabalho.

O comando consolidado é de obrigatória referência para o exame da questão, fundamentalmente porque o propósito da norma outro não é que viabilizar a *expedita*, *rápida* e *célere* execução do dissídio coletivo julgado pelo Tribunal, providência que, inegavelmente, não se concretizaria se se mantivesse sob a competência de órgão colegiado a realização dos atos executórios, quer porque territorialmente distanciado do local onde estão as partes em litígio, quer porque não se compadece com a atividade judicante em sede de instância *ad quem* a realização de atos processuais de compostura monocrática, representando tais providências exceção à regra de julgamentos de ordem coletiva, procedimento que,

1. Cf. Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito Processual do Trabalho, São Paulo : Ed. Saraiva, 10ª edição, 1989, p. 262.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 293 5/3/2007 12:34:28

na verdade, descreve o fundamento político de revisão das decisões judiciais por colegiados e não por meio de magistrado com atuação unipessoal.

E fora com esse espírito que o legislador consolidado optou pela prescrição constante do parágrafo único do art. 872, ressaltando abalizada doutrina que o fim colimado também se volta à simplificação da *executio* em sede de dissídio coletivo[2].

Sobremais, parece-nos também – em reforço à argumentação quanto à liceidade de espécie administrativa de tribunal que assim dispuser – que remeter ao plano de reverência absoluta a dicção do art. 87, do CPC para os domínios do processo do trabalho é, de modo induvidoso, rematar que *o processo é um fim em si mesmo*, o que corresponde a erro vitando nesta quadra do desenvolvimento da ciência processual, crescentemente instruída pelo clamor quanto à realização de prestação jurisdicional útil e apta à proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Outrossim, não deve escapar também à nossa apreciação o fato de que provimento administrativo redistribuidor de processos se propõe à redistribuição de feitos entre órgãos jurisdicionais com idêntica competência *material* e *territorial*.

No particular, consigne-se a decisão do Pretório Excelso: "A redistribuição de processos criminais entre juízes igualmente competentes é medida que se insere na organização judiciária e na implantação da reforma pela criação de novos serviços" (STF, HC nº 563.834/DF, rel. Min. Rafael Mayer).

É emblemática a decisão da Suprema Corte: se, no tocante a processos criminais, nos quais os bens imaterias *vida*, *liberdade* e *honra* apontariam para contigente inflexidez do órgão julgador dada a indiscutível relevância de tais direitos para a condição humana, na seara do processo do trabalho, instruído pela indisponibilidade relativa de muitos dos direitos trabalhistas protegidos pelo ordenamento jurídico – tanto que sobre eles pode o trabalhador transigir no processo judicial -, seria autêntico despropósito pugnar pela incidência absoluta do comando do art. 877, da CLT.

Por conseguinte, e respondendo à primeira indagação, temos que ato administrativo determinante de redistribuição de processo em fase de execução *não*

2. Cf. Mozart Victor Russomano, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro: Forense, 10ª edição, 1993, p. 939)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 294 5/3/2007 12:34:28

ofende o princípio da perpetuação da jurisdição e nem a regra consubstanciada no art. 877, da CLT .

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

De proêmio, registre-se que nenhuma interpretação constitucional deve ser extratada à revelia dos denominados "Princípios Fundamentais", descritos nos arts. 1º/4º, da Constituição Federal, máxime porque neles está assentada o razão ontológica do Estado brasileiro.

O art. 1º prescreve como fundamento do Estado brasileiro, dentre outros, a *cidadania* (inciso II).

É princípio constitucional conformador que compõe o substrato teleológico destinado a balizar o comportamento do corpo legislativo, da Administração Pública e do juiz no exercício da atividade judicante.

O conteúdo jurídico tradicional da expressão "cidadania" reconduz ao exercício do direito político ativo[3], ou seja, o de eleger representantes para o parlamento ou os detentores dos cargos de chefia do Poder Executivo federal, estadual e municipal.

Não é outra a conclusão a se extrair do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular - LAP), quando determina que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios(...)", apontando, o § 3º que "a prova da cidadania , para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com o documento que a ele corresponda".

Entretanto, não há mais espaço para o acolhimento da restritiva acepção do termo "cidadania", principalmente porque a sua inclusão como fundamento do Estado brasileiro permite ampliar o seu espectro, compreendendo, a partir da Constituição de 1988, duas realidades que, malgrado guardem alguma semelhança, não devem ser objeto de identificação absoluta: cidadania em *sentido estrito* e em *sentido amplo*. A primeira corresponde à antedita fruição do direito político ativo. Já a segunda comporta desdobramentos que se afinam propriamente ao

3. Há ainda o direito político passivo, representado pela capacidade eleitoral passiva. De acordo com a Constituição de 1988, o processo para aquisição da capacidade eleitoral passiva se inicia aos dezoito anos (idade mínima para o indivíduo ser eleito para o cargo de Vereador – art. 14, § 3º, VI, *d*) e completa-se aos trinta e cinco anos (idade mínima para concorrer aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador - art. 14, § 3º, VI, *a*).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 295 5/3/2007 12:34:28

Estado Democrático de Direito. Consagrar-se o fundamento referente à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados a direitos sociais. Então, isso quer dizer que o reconhecimento da cidadania em um sistema político está na razão direta da sua capacidade de garantir às pessoas o direito à liberdade, à igualdade substancial, à vida, à incolumidade física - direitos criados pelo constitucionalismo clássico -, mas, sobretudo, os atinentes à educação, à saúde, ao trabalho - enfim todos os direitos de caráter prestacional -, além, é claro, como não poderia deixar de ser, dos direitos políticos. Tem-se, assim, que a cidadania abrange os direitos políticos, mas não deve ser a eles limitada, porquanto a sua incorporação ao *status* constitucional de um dos fundamentos do Estado brasileiro tece uma rede de proteção em torno das pessoas, reforçando a idéia de que a sociedade política criada a partir de 1988 deve porfiar pela consecução dos direitos e garantias fundamentais, inclusive por força de adoção de iniciativas públicas destinadas a fazer com que o indivíduo se torne um cidadão – efetivo usuário dos bens e serviços decorrentes do desenvolvimento econômico.

Disso resulta que a natureza constitucionalmente conformadora do direito à cidadania em sentido estrito torna-a vinculante para a edição de atos administrativos, porquanto não se efetiva o Princípio Fundamental em questão tão-só por meio da intermediação do legislador, mas, convictamente, por via de prática administrativa no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

E quanto ao Poder Judiciário, sabe-se que, diante da natureza precípua ou principal das atribuições conferidas pelo constituinte originário aos Poderes do Estado brasileiro, há, no contexto dos Tribunais, o exercício de funções *típicas* e *atípicas*, sendo que, em rigor, nenhuma delas pode ser subtraída à absoluta adequação ao caríssimo postulado constitucional da cidadania; devem, ao contrário, submissão total a valor incluído como *fundamental*, desde que é certo que a Constituição não é, de modo algum, um feixe de proposições apto apenas a exortações à consciência do administrador, esteja ele onde estiver : no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário.

De conseguinte, se ato administrativo pretende a redistribuição de processos em fase de execução com o objetivo de acelerar o trâmite de procedimento que é – repita-se – generalizadamente conhecido como o "calcanhar de Aquiles" do processo do trabalho, longe, mas muito longe mesmo de transgredir o Princípio fundamental sob exame, trata-se, de forma inarredável, de providência digna dos maiores encômios de parte dos jurisdicionados e dos juízes que serão destinatários da redistribuição.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 296 5/3/2007 12:34:28

Outro domínio constitucional que não deve, em absoluto, ser desprezado para dilucidar a controvérsia é o pertinente aos direitos individuais.

E aqui, no particular, sobreleva em importância o direito individual à *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, acrescentado pela EC nº 45/04).

Prescreve o art. 5º, LXXVIII, da Constituição que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Não há, em absoluto, respeito à cláusula do devido processo legal quando é fato que o retardo na prestação jurisdicional desveste o processo de sua eficácia útil.

Em rigor, o direito individual não corresponde a autêntica inovação, porquanto a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assentou no art. 8º, 1 que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo *razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" (grifamos).

Assim, o Pacto de San José da Costa Rica não apenas protege o indivíduo contra as dilações processuais indevidas, mas também proíbe a fixação de juízo ou tribunal de exceção, o que, a propósito, já se encontra assegurado no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição de 1988.

Trata-se, evidentemente, de um clamor nacional a conferência de efetividade à atividade judiciária.

A EC nº 45/04 incorporou a idéia de que processo justo é aquele no qual se realiza a tutela judicial dos direitos fundamentais em duração razoável – sinônimo de prestação jurisdicional com eficácia útil.

E tanto foi assim que o objetivo maior da EC nº 45/04 está vinculado à diminuição do tempo em que se opera a prestação jurisdicional no Brasil.

O art. 5º, LXXVIII é o reflexo da preocupação do legislador constituinte derivado com o gravíssimo problema pertinente à morosidade da Justiça.

Todavia, *razoável duração do processo* não é expressão sinônima de *celeridade processual* : "(...) o adjetivo *razoável* (duração do processo) sugere aquilo que é 'conforme à razão, ao direito, à eqüidade; o que é moderado, comedido' (...). Nesse sentido, *duração razoável* contrapõe-se à celeridade. Logo, o conceito de

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 297 5/3/2007 12:34:28

'razoável duração do processo' não se harmoniza com o de 'celeridade'. O que está subjacente nessas expressões, como elemento comum, é o *tempo processual*. Sendo uma das dimensões humanas, o fator tempo não pode ser ignorado em tema de duração do processo. Via de regra, o tempo é um aliado do réu e um verdugo do autor, por motivo algo óbvios. Falar de *duração razoável* do processo corresponde a colocar interesses das partes no mesmo plano axiológico; cogitar de *celeridade* processual implica dar preeminência ao interesse do autor, ou seja, daquele que, por definição, busca esse serviço público a cargo do Estado-juiz, desse monopólio estatal, a que se denomina prestação jurisdicional".[4]

Se examinadas as alterações constitucionais implementadas pela EC nº 45/04, chega-se à conclusão que o princípio da razoável duração do processo é um dado a se integrar ao conjunto dos direitos e garantias individuais que, em substância, não discrepa de diversas previsões estatuídas noutros domínios do sistema constitucional.

Com efeito, coerentemente à diretiva assinalada no art. 5º, LXXVIII, o legislador constituinte derivado promoveu mudanças nos incisos do art. 93, tudo de sorte a objetivar a *razoável duração do processo*, consoante se depreende da análise dos incisos XII a XV.

Consagrou, por exemplo, a idéia da ininterruptividade da função judiciária mediante inclusão do inciso XII no art. 93 ("a atividade jurisdcional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente"). Impede-se, por conseguinte, a continuidade das denominadas "férias coletivas" de magistrados, que aconteciam nos meses de janeiro e julho.

Outrossim, propôs-se a EC nº 45/04 a diminuir a desproporção existente entre o número de juízes e a efetiva demanda, bem como no tocante à população (art. 93, XIII).

Procede a preocupação.

As alterações da legislação processual civil, abrindo-se a porta do Poder Judiciário às camadas mais carentes da população brasileira, somente serão concretizadas se, a par da mudança na sistemática dos recursos, houver número de magistrados apto a promover o efetivo acesso à Justiça.

---

4. Cf. Manoel Antônio Teixeira Filho, Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário, pp. 25/26.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 298 5/3/2007 12:34:29

Por tal motivo, no momento de ser delimitado o número de juízes por unidade jurisdicional, serão tomados por parâmetro a demanda judicial efetiva e a população abrangida pela jurisdição local.

O art. 93, XIV, da Constituição indica que "os servidores receberão delegação para prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório".

São os casos dos atos judiciais de mero impulsionamento do processo, que, a partir da EC nº 45/04, *serão* delegados aos servidores vinculados ao órgão jurisdicional.

Quando o dispositivo refere que "os servidores receberão delegação(...)", deixa claro que o ato não estará circunscrito à conveniência do juiz ou do órgão colegiado. Trata-se de providência que se impõe objetivamente após a alteração constitucional, podendo até mesmo a omissão da autoridade jurisdicional implicar na impetração de mandado de segurança coletivo pela Ordem dos Advogados do Brasil, face à inequívoca importância do procedimento para a celeridade de tramitação dos processos.

E, por fim, previu, ainda na linha de atendimento ao princípio da razoável duração do processo, a imediata distribuição dos feitos em qualquer grau de jurisdição (art. 93, XV).

Realmente, não é admissível que a demora na prestação jurisdicional decorra também da ineficiência do aparelho burocrático do Poder Judiciário. Sendo assim, tanto em nível de órgãos judiciais singulares, quanto em nível de tribunais, se imporá, doravante, a imediata distribuição dos processos.

A referência aos dispositivos tem propósito claro e definido : *tornar evidente que não se alcançará a almejada duração razoável do processo se não houver disposição dos órgãos diretores de Tribunais para a edição de atos administrativos tendentes a efetivar o direito individual.*

E mais : de acordo com o sistema da ciência do direito constitucional, não se põe a efetividade de norma de caráter programático – como é o comando do art. 5º, LXXVIII, da Constituição – ao talante ou ao alvedrio de autoridade administrativa dos tribunais; corresponde, sem dúvida, *a dever constitucionalmente imposto*.

Com efeito, já defendemos que "(...) as principais metas perseguidas pela constituição social se consubstanciavam em normas programáticas, o que, desde então, abriu espaço para novos acessos de natureza sociológica fundados na

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 299 5/3/2007 12:34:29

teoria de Lassalle, segundo a qual o texto fundador do Estado nada mais era que o somatório dos fatores reais de poder. Assim, todo o compromisso selado pelo agente materializador da vontade constituinte ficaria condicionado à ocorrência de situações ideais para a efetivação. A realização do programa estatal passava a depender de uma circunstância "ótima", submetendo-se, também, ao juízo emitido pelo legislador infraconstitucional acerca da conveniência e oportunidade da concretização da cláusula através da via legislativa.

"A cada dia tornava-se mais evidente que as normas constitucionais programáticas não poderiam ser colocadas no plano da mera opção política em termos de atuação do legislador futuro. Não havia cientificidade alguma em defender a idéia de que o programa inserido em uma constituição se incluía na seara da conveniência e da oportunidade adstritas ao alvitre do corpo legislativo ordinário.

"O Estado é instrumento à consecução de fins predeterminados pelo elemento formador. A unidade política somente subsiste enquanto se mostrar capaz de atender às finalidades solenemente adscritas no texto máximo pelo constituinte originário. E tais finalidades estão materializadas, de modo expresso, no programa do Estado, nas metas e objetivos fundamentais que descrevem a sua razão ontológica.

"Deve o Estado, como um todo, buscar a substanciação do querer constituinte, o cumprimento de um programa que, de tão relevante, fora introduzido no principal texto do sistema do direito positivo. As normas programáticas constituem a elevada reserva do propósito do Estado, sendo defeso aos órgãos constituídos tanto reduzir o plexo de metas inserto na constituição como relegar ao oblívio as cláusulas consagradoras do programa estatal, tornando-se indiferentes a tais dispositivos mediante a adoção de tese de não-vigência dos preceitos programáticos por força da sua dependência aos fatores de compostura econômica, política, social ou até cultural, como sói ser divulgado, aqui e ali.

"O certo é que a problemática a circundar as cláusulas de programa é o ponto nevrálgico de toda a fecunda dissidência que se opera atualmente quando se propõe analisar a eficácia das normas constitucionais. Em tais hipóteses, o que se vê, não raro, é um discurso com pouco rigor científico, caracterizado por proposições extratadas que não levam em conta o simples fato – perceptível aos olhos de qualquer leigo – de que as normas programáticas, foram um dia, por alguma razão, introduzidas no texto constitucional, competindo a toda a unidade política (considerada, aqui, em seu sentido amplíssimo) prosseguir energicamente na consecução do programa estatal, "empurrando" a eficácia da norma programática para um grau máximo em termos de realizabilidade"[5]

5. Cf. Curso de Direito Constitucional, pp. 183/199.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 300 5/3/2007 12:34:29

Posto desta forma, e precisamente à conta de as normas programáticas condicionarem a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, concluímos que se não reserva a órgãos diretores de Tribunais a faculdade de implementar concretamente os dispositivos de compostura programática; materializa-se, de forma indiscutível, em autêntico dever cuja imposição se extrai diretamente da Constituição de 1988.

Também se nos apresenta indeclinável o exame de suposta ofensa, no caso, ao princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural tanto pode ser extraído do inciso XXXVII do art. 5º ("não haverá juízo ou tribunal de exceção") como do inciso LIII ("ninguém será processado nem *sentenciado* senão pela autoridade competente").

Não se trata de novidade na história constitucional brasileira, tanto que o art. 153, § 15, da CF/1969; art. 150, § 15, CF/1967 e o art. 141, § 26, CF/1946, tratam, indistintamente, da proibição de tribunais de exceção, o que é o mesmo princípio do juiz natural com outras palavras.

Sintetiza Nelson Nery Júnior: "O que se pretende coibir com a regra do inciso nº XXXVII, do art. 5º, da CF é a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões (civis e criminais) *ex post facto* ou *ad personam*, salvo as exceções estatuídas na própria Constituição".[6]

Portanto, atribuir competência a um dado tribunal para julgamento de determinado crime, por mais comoção que tenha causado na opinião pública, é inegável ofensa ao princípio do juiz natural.

Constitui-se transgressão ao juiz natural a fixação da competência em razão da pessoa, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente postas, como no caso do julgamento do Presidente da República pelo Senado, nos crimes de responsabilidade.

Também se vulnera o postulado quando se admite a distribuição dirigida de processos a determinado magistrado.[7]

---

6. Cf. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 61.
7. "No ordenamento jurídico brasileiro não é dado as partes escolherem o juiz de sua preferência. Vige princípio do juiz natural aquele designado pelas Leis de organização judiciária para conhecer e julgar a lide. O juiz natural é aquele preconstituído pela Lei. A garantia alcança o processo civil e penal (art. 5º inciso XXXVII e inciso LIII da CF/88)" (TRF 1ª R. – EEEIAC 01001058790 – DF – 3ª S. – Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida – DJU 21.02.2003 – p. 09).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 301 5/3/2007 12:34:29

Com evidência, em primeiro lugar, é preciso saber se a distribuição será feita para uma única e nova vara criada ou se, diferentemente, tratam-se de diversas varas recém-criadas que receberão os processos. E por quê? Tão-só em virtude de, no caso de distribuição a uma única nova vara, ser indiscutível a ofensa ao princípio do juiz natural, porquanto já se saberá, adrede, antes mesmo da distribuição, o entendimento do magistrado acerca da questão posta na lide; se, no entanto, a hipótese é de distribuição a mais de uma vara, não há transgressão ao juiz natural.[8]

De modo semelhante, impõe-se investigar se as varas receptoras de processos têm idêntica competência territorial àquela (s) para a (s) qual (is) foram inicialmente distribuídos. Sim, porque se os processos foram distribuídos para juízos com competência territorial diversa do que os recebeu, há, no particular, inegável ofensa ao princípio do juiz natural.[9]

Mas se o ato que se deseja praticar tenciona a redistribuição de processos de execução entre Varas do Trabalho com idêntica competência territorial, fundamento não há para argüir-se vilipêndio ao juiz natural.

E, por fim, igualmente relevante a remissão aos princípios constitucionais da Administração Pública, dentre os quais o relativo à eficiência.

A EC nº 19/98 promoveu mudança no art. 37, *caput*, incluindo o princípio da eficiência.

Ainda que inserido em momento posterior à promulgação do Texto Constitucional de 1988, deve ser enfatizado que, mesmo antes da inovação, já se exigia Administração eficiente, posto que a concretização das atribuições previstas no

8. "O TRF-1ª Região decidiu no julgamento do CC nº 1999.01.00.084663-4/GO que a redistribuição de processos, determinada por Provimento da Corregedoria-Geral, em face da criação de novas Varas Federais, não fere os princípios da legalidade e do juiz natural" (TRF 1ª R. – CC 01000297967 – GO – 1ª S. – Rel. Des. Fed. Aloisio Palmeira Lima – DJU 13.11.2002 – p. 123). No mesmo sentido o RHC nº 58.468, rel. Min. Rafael Mayer. Se criada Vara do Júri no local onde está domiciliado o réu, será esta competente para o julgamento do processo, pouco importando a fase em que se encontre : "A atuação do Tribunal do Júri é norteada pelo princípio segundo o qual o réu deve ser julgado pelos concidadãos (pares). Esta peculiaridade transmuda a espécie de incompetência, excepcionando a regra referente à definida a partir do elemento territorial. De relativa, passa a absoluta. Desdobrada a área geográfica de um certo Tribunal do Júri, criando-se um outro, para este devem ser remetidos os processos em curso, pouco importando a fase em que se encontrem, no que envolvam acusados domiciliados na área resultante do desmembramento. (...)" (STF, 2ª Turma, HC nº 71.810-8/DF, redator do Acórdão, Min. Marco Aurélio).

9. "A criação de foro regional no local do fato, em data posterior a do recebimento da denúncia, não desloca a competência antes firmada. Aplicação subsidiária da regra *perpetuatio jurisdictionis* (CPC, art. 87, autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal" (STF, 2ª Turma, ROHC nº 83.008-1/RJ, rel. Min. Maurício Correa, julg. em 20/05/2003).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 302 5/3/2007 12:34:29

art. 23 (de natureza administrativa) somente se daria se houvesse, por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a opção por modelo de Administração Pública atrelada à eficiência.

E não é só. A redação originária do § 3º do art. 37 estabelecia que "as reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei", agregando-se ao sistema constitucional, por conseguinte, o valor "eficiência", na medida em que, malgrado propusesse disciplina em nível legal, ressaltava a busca de serviços públicos mais eficientes, ainda que fosse por meio de reclamação de parte dos usuários.

O que se pretende com a inscrição constitucional do princípio da eficiência não é promover suposta identificação do atuar administrativo com o comportamento dos demais entes privados, mas concitar os agentes públicos a atuarem de modo a prestar o serviço da forma mais expedita[10] e competente.

O Estado é instruído por propósitos completamente diferenciados das empresas privadas. Estas têm na prevalência do objetivo empresarial e do proveito econômico seus apanágios mais genuínos, ao passo que o ente estatal tem na consecução do interesse público a sua razão de ser e de existir. Só isso já seria mais do que bastante para evidenciar a diversidade de propósitos de um e outro, distinguindo radicalmente a eficiência na Administração daqueloutra perseguida pelas empresas.

Qual seria, então, o sentido de uma Administração "eficiente"?

Esclarece-nos Hely Lopes Meirelles ao caracterizá-la como um dos deveres da Administração Pública: "(...) é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (...) Eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e a sua adequação técnica aos fins visados pela

10. "ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO OMISSIVO – AUTORIZAÇÃO – EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA – 1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, caput, CF/88. 2. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária. 3. Ordem parcialmente concedida" (STJ – MS 7765 – DF – 1ª S. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 14.10.2002).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 303 5/3/2007 12:34:29

Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos, e aperfeiçoa-se o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional, e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica".[11]

Portanto, a espécie administrativa que se propõe a promover redistribuição de processos em sede de execução se encontra plenamente adequada ao princípio da eficiência da Administração Pública, desde que posta-se indiscrepante o fim colimado pelo ato : *tornar a prestação jurisdicional mais célere, que, em outras palavras, significa justiça mais eficiente.*

4. CONCLUSÃO

Assim expendido, extraem-se as seguintes ilações:

4.1) A própria legislação processual comum não confere ao postulado da *perpetuatio jurisdictionis* foros de incidência incondicionada ou absoluta, tanto que indica a existência de duas circunstâncias impositivas à não perpetuação da jurisdição: a) supressão do órgão judiciário; b) alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia;

4.2) Diante da especificidade do processo trabalhista, exceções outras há ao princípio da perpetuação da jurisdição, tornando-o menos absoluto ainda no contexto desta Especializada, consoante registra o art. 872, da CLT, que pretende viabilizar a *expedita*, *rápida* e *célere* execução do dissídio coletivo julgado pelo Tribunal;

4.3) A natureza constitucionalmente conformadora do direito à cidadania em sentido estrito (art. 1º, II, da Constituição de 1988) torna-a vinculante para a edição de atos administrativos, porquanto não se efetiva o Princípio Fundamental em questão tão-só por meio da intermediação do legislador, mas, sobretudo, por via de prática administrativa no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

4.4) Não se reserva a órgãos diretores de Tribunais a faculdade de implementar concretamente os dispositivos de compostura programática, dentre os quais o direito individual à razoável duração do processo

11. *Op. cit.*, p. 86.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 304 5/3/2007 12:34:30

(art. 5º, LXXVIII, da Constituição); materializa-se, de forma indiscutível, em autêntico dever cuja imposição se extrai diretamente da Constituição de 1988, máxime quando ato administrativo de redistribuição se dirige à efetivação de norma programática incluída no contexto dos direitos individuais e que guarda enorme afinidade com a própria atuação jurisdicional;

4.5) Ato administrativo de tal natureza não ofende o princípio do juiz natural por duas razões realmente significativas: a) não se trata de distribuição dirigida a um único órgão jurisdicional; b) os órgãos judiciais receptores dos processos de execução são também *juízes naturais* na medida em que configuram órgãos *abstrata e previamente indicados por lei em sentido material e formal* (no caso, a Lei nº 10.770/05) *para o julgamento de causas no âmbito da jurisdição trabalhista*, sendo que, se o ato administrativo se propuser à redistribuição de processos de execução entre Varas do Trabalho com idêntica competência territorial, não há como concluir pelo afastamento do postulado do juiz natural;

4.6) Eventual ato administrativo determinante da redistribuição de processos trabalhistas em fase de execução é perfeitamente conforme ao princípio da eficiência da Administração Pública, fundamentalmente porque se presta a buscar tornar prestação jurisdicional mais célere, ou seja, *justiça mais eficiente*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRISAFULLI, Vezio. *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, *in*: Rivista Trimestrale de Diritto Publico, Milano, 1951.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 18ª edição, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª edição, 1989.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Ed. RT, 1992.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Execução Trabalhista,* São Paulo: Ltr. Editora, 9ª edição, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Rio de Janeiro: Forense, 10ª edição, 1993.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 305 5/3/2007 12:34:30

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais,* São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, São Paulo: Ltr. Editora, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 306 5/3/2007 12:34:30

Capítulo XIV
Definindo a importância da teoria do abuso de direito processual frente aos princípios constitucionais

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega[*]
Frederico Garcia Pinheiro[**]

Sumário • 1. Introdução. 2. Prolegômenos. 3. Da teoria geral do abuso de direito. 3.1. Evolução teórica. 3.1.1. Concepção tradicional do abuso de direito. 3.1.2. Teoria do conflito de direitos (ou do dano mais relevante). 3.1.3. Teoria do conflito de sistemas (ou da inexistência de fundamentos jurídicos-dogmáticos). 3.1.4. Teoria da violação à funcionalidade social do direito subjetivo. 3.1.5. Teoria da violação ao valor imanente ao próprio direito subjetivo. 3.1.6. Teoria dos limites externos e internos do direito subjetivo. 3.2. Teoria do combate à aparência de licitude. 3.2.1. Do princípio da boa-fé. 3.2.2. Da natureza jurídica do ilícito abusivo. 3.2.3. Da diferença entre ilícito e responsabilidade civil. 3.2.4. Das sanções ao ilícito abusivo. 3.2.5. Do alcance da teoria do abuso de direito. 3.2.6. Da expressão "abuso de direito". 4. Abuso de direito no processo civil. 4.1. Dos escopos do processo. 4.2. Dos deveres do art. 14 do Código de Processo Civil. 4.3. Dos ilícitos processuais (abusivos e não-abusivos) contra a boa-fé objetiva: censura às condutas desleais. 4.4. Das sanções ao abuso de direito processual. 4.4.1. Abuso do direito de defesa e antecipação dos efeitos da tutela. 4.4.2. Abuso de direito processual e indenização por perdas e danos. 5. Da relevância prática da teoria do abuso de direito processual. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, no mundo contemporâneo, sobre a necessidade da realização da justiça e do papel do processo nisso. A efetividade dos direitos depende de um processo judicial que seja, sobretudo, justo e célere. Em outras palavras: de um processo judicial que respeite os princípios constitucionais do devido processo legal e da tutela jurisdicional tempestiva.

A boa-fé das partes integrantes da relação jurídica processual, entendida como evolução da mentalidade humana rumo a direção de uma racionalidade ética, é fator determinante na consecução desse objetivo. A boa-fé aqui traduzida como lealdade das partes entre si, como ínsita na solidariedade e na dignidade da pessoa humana, princípios fundantes do Estado brasileiro, expressamente previstos na Constituição da República.

---

* Doutora e Mestre em Direito pela PUC SP. Professora do Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto. Professora da Universidade Federal de Goiás

** Especialista em Direito Civil pela UFG. Professor da Pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira – campus Goiânia. Procurador do Estado de Goiás. Advogado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 307 5/3/2007 12:34:30

A deslealdade e o desrespeito entre as partes, por meio de condutas processuais têm sido tratada indistintamente pela doutrina e jurisprudência como abuso de direito processual. Procuramos delimitar, no presente trabalho, os ilícitos processuais que podem ser considerados abuso de direito e os que embora assim não devam ser tratados, constituem da mesma forma ofensa aos princípios constitucionais. Questionamos ainda se os diversos ilícitos processuais, sobretudo a litigância de má-fé, são suficientes para reprimir as condutas processuais desleais e referenciamos o papel dos conceitos jurídicos indeterminados para a atualização deles. Enfatizamos, por fim, a discricionariedade e o papel dos homens que atuam no processo, no mundo contemporâneo, para que se previna a prática de condutas que vão de encontro à boa-fé e lealdade processual.

Esse estudo parte da reflexão da natureza do processo como relação jurídica. Procura estudar as diferentes teorias que buscam explicar o abuso de direito, para, num segundo momento, estabelecer a distinção entre institutos semelhantes. À partir daí enfrenta a questão do ponto de vista processual, tendo por fundamento os princípios processuais constitucionais.

Como método buscamos uma reflexão crítica fundada na pesquisa bibliográfica. O olhar atento à realidade (que nos propõe Bachelard), nesse estudo é obtido pela consulta às decisões dos tribunais.

As conclusões apresentadas devem ser consideradas no plano da compreensão do direito no contexto histórico contemporâneo.

2. PROLEGÔMENOS

A melhor doutrina tem estabelecido que a natureza jurídica do processo é a de categoria jurídica autônoma, haja vista que não pode ser enquadrado em nenhuma das categorias jurídicas existentes. Partindo dessa idéia, define-se o processo judicial como "o procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica processual" (CÂMARA, 2005:145).

Outrossim, o processo judicial pode ser visualizado sob dois aspectos: interno e externo. Externamente, o processo se confunde com o procedimento em contraditório, ao passo que, internamente, o processo é animado pela relação jurídica processual, a qual se trata de "uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre as partes e o Estado-juiz, em que este exerce poder, em posição de eqüidistância em relação às partes." (CÂMARA, 2007, 145)

O simples fato de o processo ser integrado por uma relação jurídica entre pessoas, *per se*, já impõe o respeito ao princípio da boa-fé, também chamado de

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 308 5/3/2007 12:34:30

princípio da lealdade. Se considerarmos que, ademais, tal relação jurídica tem um caráter público, aumenta-se a imperiosa necessidade de observância daquele princípio jurídico, indispensável à boa convivência entre os membros de dada sociedade.

Ainda que não houvesse disposições expressas, tanto legais quanto constitucionais, indicando a necessidade de observância dos deveres de boa-fé e lealdade, as próprias bases constitucionais do Estado brasileiro já se incumbiriam de impor tais deveres à relação processual, tendo em vista que "valores éticos, como justiça, solidariedade e dignidade da pessoa humana, na ordem constitucional são, entre outros, os fundamentos do Estado Social de que se constitui a República Federativa do Brasil." (THEODORO JR., 2006:108)

Atualmente, pode-se dizer que não há quem duvide da necessidade de observância da lealdade e boa-fé por parte de todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo judicial, mormente diante da interpretação literal do art. 14 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Fábio Milman relata que,

> …[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o fair play. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária conseqüência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgador e seus auxiliares. (2007:32-33)

Com efeito, o *fair play* processual é extremamente importante e necessário para que sejam respeitados diversos princípios estritamente processuais, inclusive de índole constitucional, principalmente os direitos fundamentais ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e à tutela jurisdicional tempestiva (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Em última análise, o desrespeito à boa-fé e à lealdade processual compromete a efetividade dos direitos, haja vista que o processo judicial deve ser entendido como um mero instrumento para a consecução daqueles. Em uma frase: não se pode admitir que o processo judicial seja utilizado para procrastinar ou negar direitos aos seus respectivos titulares.

Objetivando o referido *fair play*, a legislação processual tipifica vários ilícitos praticados contra a boa-fé e lealdade processual – a ilicitude, nestes casos é

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 309 5/3/2007 12:34:30

evidente, razão pela qual os tratamos como "ilícitos não-abusivos". Contudo, há uma outra categoria de ilícitos – os chamados "ilícitos abusivos" – em que existe uma falsa "aparência de licitude" na conduta que, em verdade, é ilícita, pois contrária à boa-fé objetiva. Estes ilícitos são os "abusivos" e merecem ser mais bem estudados de modo a diferenciá-los dos "ilícitos não-abusivos", de modo a se evitar a constante confusão operada pela doutrina e jurisprudência. Esse é o objetivo principal do presente trabalho.

3. DA TEORIA GERAL DO ABUSO DE DIREITO

3.1. Evolução teórica

Ao longo do desenvolvimento da concepção do abuso de direito entre os estudiosos do direito, diferentes teorias buscaram justificar a necessidade de repressão aos atos tidos como abusivos. Os fundamentos teóricos tradicionalmente encontrados sobre o tema na doutrina, tanto nacional, quanto internacional, não nos convenceram, razão pela qual pareceu-nos justificar[1] melhor tal repressão a "teoria do combate à aparência de licitude", fundada na observância cogente do princípio da boa-fé.

Outrossim, procuramos não vincular as teorias a seguir expostas a determinados doutrinadores, haja vista que constatamos que vários deles, não raro, defendem mais de uma teoria ou tecem argumentações que incluem idéias de mais de uma delas – o que torna complicado, senão impossível, o trabalho de verificar qual teoria fora adotada.

Apesar de tais dificuldades, tentaremos delimitar a fundamentação principal de cada teoria, bem como as críticas que lhes são feitas, para que, ao final, possamos expor o nosso pensamento e nossa opção teórica e suas razões.

3.1.1. Concepção tradicional do abuso de direito

Segundo a concepção tradicional do abuso de direito, desenvolvida na França, no final do século XIX, há atos que seriam praticados de acordo com o direito subjetivo, mas que, ao mesmo tempo, seriam contrários ao direito objetivo, razão pela qual deveriam ser reprimidos. Parte-se da concepção dicotômica do direito, fruto de abstracionismo conceitual puro, que se afasta da realidade e da possibilidade de concretude do direito.

1. No sentido apresentado por Eros Grau de que no direito não há verdadeiro e falso, mas justificável, aceitável. (2006:49)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 310 5/3/2007 12:34:31

A maior crítica que se faz a essa teoria, em se admitindo a possibilidade dicotômica do direito, é a constatação de que em sendo os direitos subjetivos definidos pelo próprio direito objetivo, se afigura impossível, por questão de lógica, haver oposição ou contradição entre ambos. Ela é contrária a afirmação dos direitos na realidade.

3.1.2. Teoria do conflito de direitos (ou do dano mais relevante)

Tal teoria pode ser resumida pelo brocardo jurídico "o direito de alguém termina onde começa o de outrem". Ou, nas palavras de Eduardo Ferreira Jordão,

> A idéia é a de que o sujeito, ao exercer o seu direito, deve cuidar para não causar danos ou violar direitos alheios. Se isso acontecer, deve-se proceder a uma ponderação a respeito de qual dos dois direitos (o exercido ou o violado) teria maior relevância social ou, em outras palavras, questiona-se o que é socialmente mais desejável: que o sujeito possa exercer seu direito como o fez ou que repare o dano que causou. (2006:72)

Critica-se esta teoria porque, inevitavelmente, os direitos legítimos podem vir a causar danos ("danos legítimos") a terceiros[2]. Somente quando o direito for ilegítimo é que os conseqüentes danos também serão ilegítimos. Outrossim, a concepção de abuso de direito, desde o seu nascedouro, não vinculava o exercício abusivo à existência de dano. Pode haver abuso de direito sem dano; daí, mais uma objeção à presente teoria.

3.1.3. Teoria do conflito de sistemas (ou da inexistência de fundamentos jurídicos-dogmáticos)

Para essa teoria, a questão do abuso de direito é resolvida pelo conflito entre o sistema jurídico positivado e outro sistema, metajurídico, integrado pela moral e pela consciência social de justiça.

A primeira crítica cabível contra tal teoria é que ela busca resolver os conflitos jurídico-sociais de acordo com critérios metajurídicos, ou seja, situados fora da ordem jurídica. Tal teoria prega, conseqüentemente, que não há sanções aos atos abusivos no ordenamento jurídico e este permitiria, legitimamente, a prática

---

2. Os "danos legítimos" não geram o dever de indenizar, pois, "pode-se dizer, propriamente, que, nestes casos, os danos gerados devem ser suportados pelo titular da esfera jurídica em que eles se verificaram. Tal ocorre, por exemplo, nas hipóteses de exercício regular de direito, como, por exemplo, o exercício (regular) do direito de crédito pelo credor que cobra o seu devedor. [...] O mesmo se diga quanto à relação de concorrência que é sempre lesiva aos interesses de outrem, mas no entanto não enseja, desde que licitamente praticada, responsabilidade civil entre os concorrentes de um determinado segmento." (BOULOS, 2006:105)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 311 5/3/2007 12:34:31

de tais atos, razão pela qual os limites aos seus exercícios somente poderiam ser postos por uma ordem metajurídica.

Noutro giro, outra crítica que se faz, é que os critérios metajurídicos somente devem vir a ser utilizados em caráter subsidiário, quando o ordenamento jurídico não previr soluções satisfatórias. Pois bem, os adeptos desta teoria parecem confundir os conceitos de dispositivo e norma, equívoco bem percebido e explicado por Eduardo Ferreira Jordão:

> Os autores desta concepção, todavia, não afirmam apenas a *inexistência* de norma que proíba o ato abusivo – defendem a *existência* de norma que o permite. O equívoco, no entanto, é o mesmo: não distinguir entre *normas* e *dispositivos*. O fato de haver um dispositivo permissivo em cuja hipótese de aplicabilidade se inclui um ato malicioso não importa, *a fortiori*, a permissão de tal ato pelo Direito. Os comando proibitivos ou permissivos de um ordenamento jurídico não se encontram nos *dispositivos normativos*, mas nas normas que deles emanam. E então repita-se, por fundamental: não há norma que nasça de um dispositivo isolado. Um dispositivo torna-se norma quando é lido e confrontado com o inteiro ordenamento.
>
> Desta maneira, para a formação de um comando normativo é necessária a conformação de um determinado dispositivo permissivo com os demais postulados do sistema. O direito *só* nasce e *já* nasce limitado. (2006:83)

Entendemos que a norma, enquanto resultado de interpretação, tem por ponto de partida textos contidos, entre outros, também em enunciados. Só à partir disso se encontra a determinação do conteúdo normativo, delimitado.[3]

3.1.4. Teoria da violação à funcionalidade social do direito subjetivo

Os adeptos dessa teoria sustentam que todo e qualquer direito subjetivo tem uma função social, que deve ser perseguida por seu titular, em prol do bem da sociedade.

O erro dessa teoria é buscar aderir uma função social relacionada com o agir somente em prol da sociedade. Ora, há e deve haver direitos de cunho egoístico. Há função social também naqueles direitos que devem ser exercidos de forma individualista. Ocorre a predominância do interesse social sobre o egoístico, em caso de conflito entre eles.(TARREGA, 2007:31) Basta tomar como exemplo os direitos da personalidade que têm cunho individualista intrínseco e, somente assim, desempenham a sua função social.

3. Nesse sentido Eros Roberto Grau (2006:30)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 312 5/3/2007 12:34:31

> É evidente que os direitos possuem *uma* função, já que não bastam em si mesmos e existem para a satisfação de interesses humanos. Mas daí a concluir que *esta* função seja *especificamente* a de agir em prol da sociedade e não individualmente, há grande distância a ser percorrida.(JORDÃO, 2006:87)

A presente teoria tem um cunho extremamente ideológico, voltado à doutrina socialista, não adaptável aos ordenamentos jurídicos fundados no sistema capitalista. O melhor critério de repressão ao abuso de direito, segundo nossa concepção, é aquele relacionado com a ética (e não com a ideologia socialista), pois se encontra presente tanto em ordenamentos jurídicos capitalistas, quanto nos socialistas. A ética fundada na responsabilidade e no respeito à alteridade.

3.1.5. Teoria da violação ao valor imanente ao próprio direito subjetivo

Os adeptos desta teoria indicam que há um valor intrínseco em cada direito subjetivo, de modo que para que o ato não seja abusivo, além de o sujeito o ter praticado conforme o dispositivo legal, não pode ter violado o valor que aquele mesmo dispositivo legal buscou consagrar.

Há duas críticas principais a esta teoria. Primeiro, é um trabalho dificíl descobrir quais os valores que cada dispositivo legal busca resguardar, sobretudo porque, diante das concepções hermenêuticas mais avançadas, o valor se revela sobremaneira diante do caso concreto. Segundo, ainda que superada a primeira crítica, a adoção desta teoria explica bem o abuso de direitos subjetivos, mas não consegue o mesmo êxito em se tratando do abuso das liberdades jurídicas, as quais não vêm previstas, expressamente, em nenhum dispositivo legal, mas decorrem da análise sistemática do ordenamento jurídico.

3.1.6. Teoria dos limites externos e internos do direito subjetivo

É fato que, atualmente, esta é a teoria que mais vem sendo adotada pela doutrina francesa, ao passo que no Brasil parece ocorrer o mesmo. Trata-se de teoria extremamente didática, segundo a qual, para que o ato seja lícito, há que se verificar o respeito aos seus limites externos e ainda, não exorbitar determinados limites internos. A inobservância de qualquer dos limites induz à ilicitude do ato.

Os limites externos se referem às limitações impostas pelo próprio dispositivo que estabelece o direito, bem como por outros dispositivos normativos que, interpretados sistematicamente, confirmam o preceito normativo daquele

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 313 5/3/2007 12:34:31

primeiro dispositivo. Noutro giro, os limites internos, relacionam-se, por exemplo, com a boa-fé e bons costumes – o desrespeito aos limites internos, ainda que observados os limites externos, configura a ilicitude denominada abuso de direito, conforme exposto por Eduardo Ferreira Jordão:

> Graficamente, trata-se de imaginar o direito subjetivo como um círculo, cujas paredes externas, que correspondem ao seu próprio conteúdo, equivaleriam às delimitações conferidas tanto pelo próprio dispositivo que o estabelece, como por outros que explicitamente o conformam. Além desta delimitação, sustentam os autores desta corrente, o direito positivo estabeleceria outro círculo interno ao círculo principal, o qual corresponderia à exclusão, da previsão normativa inicial, dos atos contrários à boa-fé ou aos bons costumes, por exemplo.
>
> Uma conduta que se encontre dentro do círculo principal, mas fora do círculo menor é uma conduta lícita. Uma conduta que se encontre dentro de ambos os círculos corresponde ao abuso de direito. Aquela que esteja fora deles equivale a um ato 'sem direito'. Utilizando o caso clássico da *fausse cheminée* como exemplo, o ato de elevar uma chaminé em seu terreno para proveito próprio se situaria figurativamente dentro do círculo maior, mas fora do menor (conduta lícita). O ato de elevá-la apenas para prejudicar o vizinho estaria dentro de ambos os círculos (a conduta está 'dentro do direito', porque se amolda à previsão normativa que o estabelece, mas também está dentro do círculo menor, pois contraria a boa-fé, sendo, portanto abusiva). Por fim, o ato de agredir o vizinho situar-se-ia fora do círculo principal imaginário, tratando-se de um ato 'sem direito'. (2006:91)

O ponto forte da teoria dos limites internos e externos dos direitos subjetivos é o fato de ser extremamente didática, relacionada com a demonstração gráfica que utiliza círculos concêntricos para representar os limites internos e externos de cada direito.

Apesar das várias semelhanças existentes entre a presente teoria e a que fora adotada por nós, há algumas ressalvas que merecem ser tecidas. Primeiramente, não há falar-se em limitação *a posteriori* do direito, através de limites internos e externos, pois o direito já nasce limitado *ab initio*.

Por outro lado, a diferenciação entre limites "internos" e "externos" é criticável a partir do momento em que se constata a inexistência de diferença ontológica entre tais limites – ambos exercem a mesma força normativa.

3.2. Teoria do combate à aparência de licitude

Em sede de justificação da repressão ao abuso de direito, adotamos a teoria apresentada por Eduardo Ferreira Jordão, em obra intitulada "Repensando a Teoria do Abuso de Direito" (2006), embora naquela sede não lhe tenha sido atribuído um nome específico.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 314 5/3/2007 12:34:31

Para o referido autor, basta que o ordenamento jurídico adote o princípio da boa-fé, expressa ou implicitamente, para que tal princípio venha a se constituir em limite lógico ao exercício de quaisquer prerrogativas jurídicas.

Concordamos ao considerarmos que a boa-fé, "como projeto de retidão de conduta social de acordo com os padrões sociais determinados pelos valores humanos, que indicam os comportamentos éticos" (TARREGA, 2007:84) fundamenta as diversas ordens de direito, seculares ou religiosas.

Historicamente, não se conhece a existência de uma sociedade cuja ordem jurídica não contemple, ainda que implicitamente, como valor, a boa-fé. Do conceito de direito, pode-se afirmar a impossibilidade de existir ordem jurídica que afaste o princípio da boa-fé. Nesse sentido do seguinte trecho da obra supra-mencionada:

> Afirmar o acolhimento, por um ordenamento jurídico específico, do princípio da boa-fé, é afirmar que, a partir da interpretação de seus dispositivos, pode-se haurir a valorização das condutas de boa-fé, em detrimento das condutas opostas. Por via de conseqüência, afirmar o seu não acolhimento é defender que de nenhuma forma se pode extrair deste ordenamento a desvalorização das condutas maliciosas.
>
> Não se trata de hipótese teoricamente impossível, mas tampouco se trata de hipótese razoável. Abstraídas as ilações *ad absurdum*, dissemos e repetimos que nunca houve qualquer ordenamento que não acolhesse o princípio da boa-fé. Por esta razão, nunca houve um ordenamento no qual os atos abusivos fossem atos lícitos. (JORDÃO, 2006:105)

Eduardo Ferreira Jordão (2006:107) destaca, ademais, que os "comandos proibitivos ou permissivos de um ordenamento jurídico não se encontram nos dispositivos normativos, mas nas normas que deles emanam, após necessária interpretação sistemática".

De fato, normas não podem ser confundidas com dispositivos normativos. Normas não resultam, pura e simplesmente, da análise fria dos dispositivos legais. A norma deve ser retirada após vários processos interpretativos, inclusive a interpretação sistemática das regras e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido Eros Grau:

> Repetindo: as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, dispositivos, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.(2006:30)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 315 5/3/2007 12:34:32

Logo, verificado que o princípio da boa-fé está consagrado, no mínimo implicitamente, em todos os ordenamentos jurídicos, não haveria sequer necessidade de previsão expressa da figura do abuso de direito, como, por exemplo, o fez o art. 187 do Código Civil de 2002[4]. Com efeito, o abuso de direito deflui da mera constatação da incompatibilidade entre determinadas condutas, aparentemente lícitas, e o princípio da boa-fé.

3.2.1. Do princípio da boa-fé

A boa-fé como regra de conduta nas relações contratuais apresenta-se, nos diferentes ordenamentos, como evolução da mentalidade humana na direção de uma racionalidade ética. Nelson Rosenvald (2005:75), ao tratar da boa-fé e da dignidade no Código Civil explica, atribuindo a Moreira Alves, que no direito romano das obrigações a *bona fides* significava a fidelidade à palavra dada associada ao dever de cumprimento da promessa. No desenvolver das relações jurídicas, no decurso da história, a boa-fé adquire seus contornos atuais: é um projeto de retidão de conduta social de acordo com os padrões sociais determinados pelos valores humanos que indicam os comportamentos éticos. Esse princípio propõe parâmetros sociais e éticos para a atuação privada.

No direito moderno aparece expressamente no artigo 1134 do Código Civil francês que dispõe sobre a boa-fé na execução dos contratos. Tem, portanto, conotação objetiva. No direito alemão, é identificada pelos juristas na fórmula *Treu und Glauben*, que se traduz nas noções de lealdade e confiança e que aparece, segundo Cordeiro(2001:166), desde o século XIV. O Código Civil italiano de 1942 consagrou a boa-fé em vários dispositivos de forma a abranger a aplicação do princípio desde a formação até a execução do contrato, consignados nos artigos 1175, 1176, 1336 e 1337.

Nos ordenamentos em que o princípio da boa fé apresenta-se como elemento de conexão da ordem jurídica, valoriza ele a atuação dos integrantes da relação jurídica, em detrimento dos aspectos meramente formais.

---

4. Apesar de desnecessária, a positivação expressa da teoria do abuso de direito no Código Civil (art. 187), segundo Eduardo Ferreira Jordão (2006) é vantajosa por três motivos: (i) simplifica a interpretação; (ii) poderá veicular regulamentação e conseqüências jurídicas distintas aos atos abusivos; (iii) poderá haver a chamada "extensão da teoria do abuso de direito", criando-se novos limites ao exercício lícito dos direitos em geral (o atual Código Civil, além da boa-fé, elenca como limitadores a função econômica ou social do direito e os bons costumes).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 316 5/3/2007 12:34:32

A análise do princípio da boa-fé passa, primeiramente, pela diferenciação entre a boa-fé objetiva (princípio) e a boa-fé subjetiva (estado psicológico). Pois bem, a boa-fé objetiva tem natureza de princípio geral do direito, o qual tem por finalidade impor um grau mínimo de ética às diversas relações jurídicas. A boa-fé objetiva é, pois, um *standard* jurídico de conduta, "caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte" (FARIAS; ROSENVALD, 2006:40).

Muitas vezes a boa-fé objetiva chega a ser denominada de "boa-fé lealdade" ou de "boa-fé confiança", consoante bem destacado por Fernando de Noronha:

> Essa boa-fé objetiva também é designada de boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação que lhe é dada, é a de boa-fé confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantir a estabilidade e segurança das transações. (IOCOHAMA, 2006:44)

> Entende-se por boa-fé subjetiva um estado de espírito que conduz à prática de atos, circunstanciado pela segurança. É a lealdade; a presença da ética nas relações jurídicas que justifica tanto a invalidação do negócio como a validação em razão da aparência, como no caso do pagamento do credor putativo, da transmissão da herança ao herdeiro aparente, dos efeitos em favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo.(TARREGA, 2007:115)

Para parte da doutrina não é um princípio jurídico, mas sim um estado psicológico, no qual determinada pessoa crê ser titular de um direito, mas não o é. Quem ignora a realidade fático-jurídica e, conseqüentemente, pensa, por ingenuidade, ser titular de um direito, está obrando de boa-fé subjetiva[5]. Mas, se há consciência acerca do vício jurídico, logo, presente está a má-fé, a qual sempre será "subjetiva", pois se contrapõe à boa-fé subjetiva.

Enquanto a boa-fé objetiva tem força jurídica de impor, externa e objetivamente, a prática de condutas pautadas pela ética, por seu turno, a boa-fé subjetiva se presta somente a analisar o estado psicológico-interno de determinado agente. Nesse sentido, mister transcrevermos as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

---

5. Como exemplos de boa-fé subjetiva no atual Código Civil, podemos citar o regramento da posse de boa-fé, no que tange à sua conceituação (arts. 1201 e 1202), regime dos frutos (arts. 1214 e 1216 a 1220), regime da usucapião de imóvel (arts. 1238 e 1242), regime das construções e plantações (art. 1257) e regime da usucapião de móvel (art. 1561).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 317 5/3/2007 12:34:32

> Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. O contrário de boa-fé objetiva não é a má-fé, mas a ausência de boa-fé. De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio dos parâmetros sedimentados de honestidade e retidão.
>
> Por isto, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social.
>
> Trata-se de concepção ética de boa-fé, entendendo-se por ética a 'ciência do fim para o qual a conduta do homem será orientada.' (2006:41)

Realizada a distinção entre a acepção objetiva e a subjetiva da boa-fé, ressaltamos, mais uma vez, que as referências ao princípio da boa-fé devem ser interpretadas como sendo relativas, única e exclusivamente, à boa-fé objetiva, pois é esta que impõe, juridicamente, condutas éticas.

O princípio da boa-fé se encontra presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que na Constituição Federal são vários os dispositivos que a doutrina elenca como exemplos da adoção do princípio da boa-fé. Nesse compasso, o principal dispositivo constitucional que alberga o princípio da boa-fé é, sem dúvida, o inciso I do art. 3º, o qual prevê, expressamente, que a República Federativa do Brasil tem por objetivo *"construir uma sociedade livre, justa e solidária"*. Com efeito, tal dispositivo está "elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social" (VICENZI, 2003:163).

Segundo Judith Martins-Costa[6] (2000:427-428), o princípio da boa-fé desempenha três funções distintas: a) função interpretativa; b) função integrativa; c) função limitadora do exercício de posições jurídicas.

O abuso de direito e, conseqüentemente, a teoria do combate à aparência de licitude, relaciona-se com as três funções da boa-fé objetiva, contudo, mais particularmente, com a função limitadora do exercício de posições jurídicas "aparentemente lícitas".

---

6. Para ser mais preciso, Judith Martins-Costa se utiliza das seguintes nomenclaturas: (i) boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo; (ii) boa-fé como criadora de deveres jurídicos; (iii) boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 318 5/3/2007 12:34:32

3.2.2. Da natureza jurídica do ilícito abusivo

Primeiramente, há que aferir se o ato abusivo é um ato lícito ou ilícito, haja vista que licitude e ilicitude são conceitos auto-excludentes – não há que se falar em um terceiro gênero, *sui generis* ou misto, como querem fazer crer alguns doutrinadores[7]. Pois bem, não há dúvidas de que o ato abusivo é um ilícito, haja vista que vai de encontro aos limites de um direito, desencadeando "uma reação, juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras" (NETTO, 2003:125).

Considerando que o princípio da boa-fé tem como função intrínseca a imposição de limite ao exercício dos direitos em geral, qual seria, então, a diferença entre a ilicitude "comum" (não-abusiva) e a ilicitude advinda do abuso de direito?

Segundo a teoria do combate à aparência de licitude, o traço diferenciador entre os ilícitos "abusivos" e os "não-abusivos" é o simples fato de que os "abusivos" têm uma falsa aparência de licitude. O caminho para aferir a ilicitude de um ato abusivo é mais complexo, pois, primeiramente, deve-se quebrar a falsa idéia de licitude que paira sobre o referido ato.

> [...] no ato abusivo, não há qualquer direito sendo exercido. Não se pode perder de vista, todavia, que tal constatação tem caráter predominantemente acadêmico-científico e não pode fazer o jurista ignorar a realidade. Na prática, a conduta abusiva possui uma espécie de capa de licitude que parece legitimá-la. Ela aparenta conformidade com o Direito, parece nele encontrar proteção. É preciso sempre um olhar mais cauteloso para descobrir-lhe a ilicitude. É exatamente nesta 'aparência de licitude', que é peculiar ao ato abusivo, que cremos residir o seu traço distintivo da conduta ilícita não-abusiva. (JORDÃO, 2006:116)

Com efeito, é factível que no ato abusivo encontramos um "direito aparente", um "manto de licitude", em virtude do qual se torna mais difícil o trabalho hermenêutico, objetivando aferir o "direito real" (indicador da ilicitude do ato) em contraposição ao "direito formal" (que induz a "aparência de licitude"). No ilícito não-abusivo, a ilicitude é aferida de modo mais simples, não se cogitando da "aparência de licitude" de tal ato.

Eduardo Ferreira Jordão salienta que a "aparência de licitude" é que deve ser considerada o objeto de ocupação da teoria do abuso de direito. Para o referido autor,

---

7. Andou bem o legislador do Código Civil de 2002, ao disciplinar no art. 187 do abuso de direito como sendo um ato ilícito: *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 319 5/3/2007 12:34:32

> [...] a partir da criação da teoria do abuso, passou-se a tutelar juridicamente a aparência de licitude. Deu-se-lhe relevância jurídica e regulamentou-se-lhe o uso por aquele a quem ela aproveitasse. O fato de doutrinadores imaginarem que estaria tutelando o 'exercício do direito' não impede que estudos posteriores constatem que o que se acabou por tutelar foi coisa diversa, no caso, apenas a 'aparência do direito'. (2006:118)

Constatando-se que a teoria do abuso de direito visa limitar direitos em decorrência de uma particular situação fática – a aparência de licitude –, impende verificar, ademais, que o ilícito abusivo recebe tratamento jurídico diverso do conferido à grande maioria dos ilícitos, pois se trata de um ilícito não culposo ou objetivo, isto é, para a sua configuração não se faz necessário aferir a presença de culpa *lato sensu*[8] do agente que atua com abuso.

> "A *ilicitude subjetiva* é aquela que leva em conta um juízo de valor acerca do comportamento do sujeito que se pressupõe livre e consciente, ao passo que a *ilicitude objetiva* deriva da análise tão-somente do comportamento do sujeito em comparação com a determinação contida no comando normativo." (BOULOS, 2006:107)

Há, ainda, quem em doutrina afirme que a ilicitude decorrente do abuso de direito é subjetiva, contudo, a doutrina majoritária tem preconizado a importância de se atribuir ao ilícito abusivo um caráter objetivo, consoante bem explicitado por Brunela Vieira De Vincenzi:

> "[...] Exigi-la [a culpa *lato sensu*] para configurar o abuso do direito seria retroceder e, pior, não impedir o abuso ou não sancionar o causador de danos quando não tenha agido com culpa ou intencionalmente, ou ainda naqueles casos em que a vítima não conseguir provar a culpa do agente.
>
> É preciso estabelecer normas condutoras para o exercício do direito subjetivo, sem penetrar na intenção do sujeito ou em seus fins escusos. (2003:166-167)

Além dos atos abusivos, são exemplos de ilícitos sem culpa (ilícitos objetivos) os atos contrários à dignidade humana, conforme bem lembrado por Felipe Peixoto Braga Netto:

> "[...] Segundo a doutrina mais avisada, existe uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana no sistema brasileiro. Portanto, é algo fora de dúvida que as condutas a ela contrárias inserem-se entre as vedadas pelo sistema, sendo reputadas inequivocamente ilícitas.

8. Conceituando a culpa *lato sensu*, mister colacionarmos as lições de Cézar Fiúza: "Pode-se dizer que a palavra culpa tem dois sentidos: um lato, outro estrito. Culpa em sentido lato inclui a idéia de dolo e de culpa em sentido estrito. Culpa em sentido estrito é a ação ou omissão, praticada com negligência, imprudência ou imperícia." (2004:242)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 320 5/3/2007 12:34:32

> Nessa trilha, as condutas violadoras da cláusula geral da dignidade da pessoa humana são ilícitos civis, cuja configuração independe de culpa. No campo civil, por conseguinte, afiguram-se contrários ao direito os atos ou omissões que agridam, constranjam, ou cerceiem, de forma indevida, os direitos da personalidade.
>
> A culpa, em se tratando de violações a direitos da personalidade, é fator que não entra em consideração. O ato não deixa de ser contrário ao direito em razão da ausência de culpa. O sistema não tolera tais agressões, mantendo o caráter da contrariedade ao direito do ato, ainda que involuntário." (2003:94-95)

Destarte, assim como há "uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana no sistema brasileiro" que impõe a ilicitude objetiva aos atos contrários à dignidade humana, entendemos que há, paralelamente, uma cláusula geral de tutela da aparência de licitude, segundo a qual todo aquele que estiver em situação de vantagem deve se portar de forma honesta e leal, segundo preceituado pela boa-fé objetiva, sob pena de configuração do ato abusivo (ilícito objetivo). "Cria-se um dever jurídico de bem portar-se em situação jurídica de vantagem, como a de aparente titularidade do direito, não se valendo dela para causar danos a terceiros" (JORDÃO, 2006:128)

3.2.3. Da diferença entre ilícito e responsabilidade civil

Constatado que a culpa *lato sensu* não é pressuposto obrigatório da ilicitude, para compreender melhor a idéia de ilicitude subjetiva e objetiva, ainda é imperioso não confundir seus conceitos com os da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Primeiramente, mister observar que, além da culpa *lato sensu*, também o dano não é elemento necessário para a configuração da ilicitude, de modo que "há ilícitos sem culpa e ilícitos sem dano" (JORDÃO, 2006:99).

Com efeito, nem todo ilícito pressupõe a existência de um dano indenizável. É a responsabilidade civil que tem como pressuposto um dano indenizável, de modo que há ilícitos sem dano, bem como, por vezes, há responsabilidade civil sem ato ilícito, consoante lição de Daniel M. Boulos:

> [...] Apenas *ordinariamente* a responsabilidade civil emerge do ato ilícito, mas não *necessariamente* isso ocorre. Ou seja, o 'dano' é requisito fundamental da responsabilidade civil e não da caracterização de um ato jurídico como ato ilícito, uma vez que nem sempre o *ato ilícito* é danoso e nem por isso ele perde a *qualidade* de ilícito.
>
> Da mesma forma, como já salientado, a responsabilidade civil (ou, propriamente, o *dever de indenizar*) pode advir de *atos lícitos danosos*, como é o caso daquele ato por meio do qual, para se remover perigo iminente, o sujeito deteriora ou destrói

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 321 5/3/2007 12:34:33

> coisa alheia ou causa lesão a determinada pessoa. Embora lícito (*ex vi*, expressamente, do inciso II, do art. 188) [do Código Civil]), tal ato, se danoso, comporta reparação nos exatos termos do artigo 929 [do Código Civil]. (2006:114-115)

Corroborando a tese de que é o dano (e não a ilicitude) o pressuposto da responsabilidade, temos a responsabilidade objetiva, na qual é necessário se provar tão-somente o dano e o nexo causal entre este e a conduta do agente. Na responsabilidade objetiva, ao contrário da subjetiva, não há que se perquirir acerca da culpa *lato sensu* do agente, pois a responsabilidade emerge da simples constatação do dano indenizável.

> A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou *subjetiva*, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.
>
> A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou *objetiva*, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (responsabilidade independentemente de culpa). (GONÇALVES, 2005:455)

Daí que, não há dúvidas de que o dano é o pressuposto da responsabilidade civil. Se, juntamente com o dano, é exigida a culpa *lato sensu*, a responsabilidade é subjetiva; se não, ela [a responsabilidade] é objetiva.

A responsabilidade civil não se confunde com ilicitude. A ilicitude é o agir contrário ao direito, não necessariamente implicando em dano indenizável. Tal ilicitude, assim como a responsabilidade civil, pode ser classificada como subjetiva ou objetiva, a depender da necessidade ou não de verificação da culpa *lato sensu* na conduta contrária ao direito.

3.2.4. Das sanções ao ilícito abusivo

As sanções ao ilícito abusivo podem ser divididas em duas espécies: sanção direta e sanção indireta.

A sanção direta consiste na reparação *in natura* da ilicitude, o que, na maioria das vezes, se verifica pelo desfazimento do ato. Como outras formas de sanção direta, Inácio de Carvalho Neto, baseando-se nas lições de Cunha de Sá, elenca as seguintes medidas:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 322 5/3/2007 12:34:33

> [...] anulabilidade, inoponibilidade, rescindibilidade do ato ou negócio jurídico, admissibilidade de legítima defesa, própria ou alheia, contra o ato abusivo, recusa de ineficácia do consentimento do lesado como causa justificativa da lesão, impenhorabilidade de todos aqueles bens cuja penhora só possa explicar-se por emulação relativamente ao devedor, exclusão da compensação legal do crédito decorrente do ato abusivo, recusa de satisfazer um direito à indenização por dano de gravidade mínima e que também só possa explicar-se pela intenção de vexar o lesante, atribuição ao devedor da faculdade de requer a fixação judicial do prazo de cumprimento da obrigação, que tinha sido contratualmente deixada ao credor, ou, na promessa unilateral, e um prazo de caducidade para o exercício do seu direito, quando a abstenção deste seja em qualquer das hipóteses abusiva, rescisão ou de invocar a *exceptio non adimpleti* (ou *non rite adimpleti*) *contractus* no contrato sinalagmático, inversão do risco ou da consignação em depósito quando seja abusiva a falta de cumprimento da obrigação. (2006:279)

Ocorre que, por vezes, a sanção direta é insuficiente, seja porque é impossível ou desaconselhável a reparação *in natura*, seja porque esta, sozinha, não é capaz de reparar *in totum* o ilícito abusivo. Em ambos os casos, há as sanções indiretas, de caráter subsidiário.

A sanção indireta, ao contrário da direta, se sujeita ao princípio da legalidade, razão pela qual se lhe é exigida prévia autorização legal para legitimar sua aplicabilidade. A nosso viso, as sanções indiretas podem ser divididas em duas categorias: indenizatória e penalizadora[9].

A sanção indenizatória do ato abusivo se relaciona, por óbvio, com a responsabilidade civil, a qual, regra geral, é aferida de forma objetiva, nos termos do art. 187 c/c o *caput* do art. 927 do Código Civil[10]. Nesse sentido, mister transcrevermos as lições de Eduardo Ferreira Jordão, relacionando a responsabilidade civil objetiva e a teoria do combate à aparência de licitude:

> [...] no que concerne à convivência segundo o resultado social da previsão legislativa, a imputação da responsabilidade objetiva para o ato abusivo cumpre o papel de criar uma espécie de responsabilidade social no uso da aparência de legalidade, o que, nos parece, vai ao encontro das correntes aspirações sociais. Cria-se

9. Inácio de Carvalho Neto (2006) elenca tão-somente a indenização como sanção indireta ao ato abusivo. A nosso juízo, além de elencar a sanção penalizadora, há que diferenciá-la da sanção indenizante, sob pena de termos uma sanção mista, a exemplo do que vem ocorrendo na jurisprudência com o arbitramento de indenização por danos morais com escopo penalizador. Importante que se diga que há, inclusive, o Projeto de Lei nº 6.960/2000, em tramitação, visando incluir outro parágrafo ao art. 944 do Código Civil, nos seguintes termos: *"a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante."*, conforme relata Sílvio de Salvo Venosa (2004:28)
10. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 323 5/3/2007 12:34:33

> um dever jurídico de bem portar-se em situação jurídica de vantagem, como a de aparente titularidade do direito, não se valendo dela para causar danos a terceiros. (2006:128)

Corroborando essa idéia, foi editado o Enunciado nº 37, oriundo da I Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal: *"a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico"*.

Contudo, ainda há quem sustente, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior e Rui Stoco, que a responsabilidade civil advinda dos ilícitos abusivos tem índole subjetiva. Para essa parcela minoritária da doutrina, o Código Civil tem como regra a responsabilidade subjetiva, somente sendo admitida a responsabilidade objetiva quando houver expressa menção legal, consoante disposto no parágrafo único do art. 927 daquele código.

A nosso juízo, a regra é a responsabilização objetiva em face dos danos oriundos de ilícitos abusivos. Contudo, admitimos que o legislador possa, a seu critério, desde que expressamente, impor a responsabilização subjetiva para determinados e específicos ilícitos abusivos – consoante o fez o art. 16 do Código de Processo Civil, ao tratar das perdas e danos advindas dos ilícitos processuais (tanto abusivos, quanto não-abusivos).

Por último, a sanção penalizadora é aquela que tem por escopo provocar no ofensor um sofrimento, além de deixar claro a reprovação à sua ilicitude. Como exemplo de tal sanção, podemos citar: multa, perda de determinados direitos, autorização à parte prejudicada para que implemente comportamentos antes vedados etc.

3.2.5. Do alcance da teoria do abuso de direito

A teoria do abuso de direito é aplicada a todos os ramos do direito, haja vista que o princípio da boa-fé não é relegado por nenhum deles. Outrossim, o fato de o princípio da boa-fé, justificador da repressão ao abuso de direito, ter previsão constitucional (art. 3º, inc. I, da CF/88), por si só, já impõe o seu respeito por todos os demais ramos jurídicos, sob pena de inconstitucionalidade.

Noutro giro, a teoria do abuso de direito não se restringe a aferir a licitude ou ilicitude tão-somente dos direitos subjetivos *stricto sensu*. Não raro, encontramos doutrinadores que relacionam o abuso de direito aos direitos subjetivos, contudo, tal afirmação deve ser interpretada *cum grano salis*, pois é plenamente possível se abusar de qualquer posição jurídica de vantagem, ainda que não se trate de direito subjetivo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 324 5/3/2007 12:34:33

Com efeito, a melhor e mais atualizada doutrina chama a atenção para o fato de que a teoria do abuso de direito se aplica,

> …aos direitos subjetivos patrimoniais (direitos de crédito e direitos reais), aos denominados direitos-deveres (poderes-deveres) ou poderes-funcionais, às liberdades, aos ônus jurídicos, aos direitos potestativos, aos poderes, às expectativas, às exceções, isto é, diz respeito a qualquer situação jurídica ativa, ou permissão genérica de atuação. (BOULOS, 2006:150-155)

Daí que, quando se encontra em algumas doutrinas a afirmação de que a teoria do abuso de direito visa impor limites aos direitos subjetivos, deve-se tomar a expressão "direitos subjetivos" em sentido lato, como sinônima de qualquer posição jurídica de vantagem, e não restringir sua interpretação de modo a igualar aos direitos subjetivos *stricto sensu*.

Pode-se dizer, pois, que o princípio da boa-fé e, consequentemente, a teoria do abuso de direito se constituem em cláusula geral, aplicável a qualquer ramo jurídico, bem como a qualquer posição jurídica de vantagem.

3.2.6. Da expressão "abuso de direito"

Vários doutrinadores preferem utilizar "abuso *do* direito" ao invés de "abuso *de* direito", alegando, primeiramente, que aquela é a expressão mais consagrada em doutrina e que, por outro lado, o "abuso *de* direito" passaria a errônea idéia de licitude, como se fosse "um abuso, mas de direito". Durante todo esse trabalho preferimos utilizar a expressão "abuso de direito", a qual, além de ser igualmente consagrada no Brasil e no exterior, *data venia*, nos parece ser mais adequada, pois poderá se reservar "abuso *do* direito" para casos específicos de abuso, como, por exemplo, "abuso do direito de contratar", "abuso do direito de propriedade", "abuso do direito de defesa processual", etc. Nesse sentido, são as lições de Eduardo Ferreira Jordão:

> "Em primeiro lugar, é certo que os países de língua italiana e espanhola adotaram os termos 'abuso *del* derecho' e 'abuso *del* diritto', mas não é correto afirmar que a mesma unanimidade ocorreu nos países francofônicos. Nestes se usa, indistintamente, 'abus *du* droit' e 'abus *de* droit'. Aliás, Jean Dabin, de forma expressa, reputa-os equivalentes. Por outro lado – e mais importante – o fato de outros países terem adotado uma denominação específica não significa que esta seja a mais adequada.
>
> Já no que atine ao segundo argumento, a suposta confusão terminológica que o termo 'abuso de direito' poderia incitar não parece suficientemente factível. De nossa parte, opinamos ser mais correto falar genericamente em abuso *de* direito e, quando especificamente, no abuso *do* direito de propriedade, por exemplo." (2006:115)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 325 5/3/2007 12:34:33

Noutro giro, independentemente da nomenclatura adotada ("abuso *de* direito" ou "abuso *do* direito"), todos os doutrinadores são unânimes em criticar a incongruência de tais expressões, apesar de utilizá-las por força da tradição. Tais expressões, consoante dito há tempos pelo francês Marcel Planiol, revelam uma logomaquia (palavras inúteis, sem sentido), haja vista que os termos "abuso" e "direito" são contraditórios – ou há direito, ou não há. O direito já nasce limitado, pois "o ordenamento jurídico disciplina, a um só tempo, a aquisição e o exercício do direito" (JORDÃO, 2006:111).

4. ABUSO DE DIREITO NO PROCESSO CIVIL

4.1. Dos escopos do processo

A teoria do abuso de direito, conforme já dito, encontra aplicabilidade em todos os ramos jurídicos, inclusive, no direito processual civil. Para muitos estudiosos, é difícil admitir a aplicabilidade da teoria do abuso de direito quando se trata de normas formais ou processuais, pois estas têm o único escopo de regular o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz. Em outras palavras, as normas processuais disciplinam a forma pela qual as partes vêm a juízo defender seus direitos materiais.

Contudo, tais dificuldades desaparecem quando imaginamos que o abuso do direito processual é capaz de procrastinar e, por vezes, inviabilizar o devido gozo do direito material.

Segundo a melhor doutrina, o processo judicial não deve ser entendido como "um fim em si mesmo", dissociando, totalmente, a interpretação das normas de direito processual das de direito material. A tendência moderna é atribuir como escopos do processo a instrumentalidade e a efetividade.

Tanto o princípio da instrumentalidade das formas, quanto o da efetividade, têm sua *ratio essendi* no fato de que o mais importante é que o processo consiga conferir, tempestivamente, o direito material ao seu titular. "Assim é que o processo deve ser visto como um instrumento a serviço do direito material, e não o contrário." (CÂMARA, 2005:224).

Destarte, o processo judicial deve ser conduzido de modo a não se frustrar o direito material das partes. Um dos caminhos para que se consiga tal desiderato é, sem sombra de dúvida, o combate efetivo aos abusos dos direitos processuais perpetrados pelas partes e seus procuradores.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 326 5/3/2007 12:34:34

4.2. Dos deveres do art. 14 do Código de Processo Civil

O art. 14 do Código de Processo Civil elenca diversos deveres das partes e de todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo. Vejamos a redação do dispositivo:

> **Art. 14.** São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
>
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
>
> II - proceder com lealdade e boa-fé;
>
> III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
>
> IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
>
> V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
>
> Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, 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; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Dentre tais deveres, a doutrina costuma salientar que o dever de lealdade e boa-fé (inciso II) engloba todos os demais deveres do art. 14 e, outrossim, é a consagração da necessidade de se respeitar preceitos éticos no processo civil, conforme doutrina Cândido Rangel Dinamarco (2002:56):

> "[...] o Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultuar a *ética no processo*, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe sanções à deslealdade; o dever de manter comportamentos condizentes com os mandamentos éticos está sintetizado na fórmula ampla e genérica *proceder com lealdade e boa-fé*, contida no inc. II de seu art. 14.

J. E. Carreira Alvim (2006:2) também é enfático ao afirmar que todos os deveres do art. 14 estão contidos no dever de lealdade e boa-fé do inciso II daquele artigo:

> Neste sentido, exigem-se das partes e seus procuradores determinados *comportamentos*, elencados nos incisos I a V do art. 14, estando todos eles compreendidos

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 327 5/3/2007 12:34:34

> no inciso II, que impõe às partes *proceder com lealdade e boa*-fé, pois, assim agindo, devem, em conseqüência, expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I); não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III); não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (inciso IV); e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V).

No referido inciso II, encontramos lado a lado a "lealdade" e a "boa-fé" dando a falsa impressão que se tratam de conceitos diversos. Ocorre que tal dispositivo consagra os princípios da lealdade e da boa-fé, os quais, a nosso viso, se confundem. Ressaltando tal semelhança, bem como afirmando a acepção objetiva da referida boa-fé, mister transcrevermos as lições de Celso Hiroshi Iocohama (2006:45):

> [...] a expressão *lealdade* [...] se confundirá com a *boa-fé objetiva*, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do *modelo padrão* de honestidade/lealdade.
>
> Logo, a boa-fé subjetiva não pode ser confundida com a noção de lealdade, pois, se há importância para o estudo da primeira e sua conotação jurídica, a lealdade vista do ângulo exclusivo do sujeito para o qual é atrelada não tem qualquer relevância.

Pois bem, ao que parece, o legislador quis arrolar vários deveres alinhados à idéia de respeito à boa-fé objetiva. Contudo, considerando que é impossível elencar todas as condutas éticas esperadas no processo, e, visando evitar prováveis ausências, a boa-fé acabou, também, sendo arrolada como dever no inciso II do art. 14, ademais, ao lado da lealdade processual.

Toda essa técnica legislativa tem por objetivo tornar ainda mais evidente a necessidade de os participantes do processo atuarem eticamente, com honestidade, lealdade e cooperação, ou seja, em última análise, em respeito ao princípio da boa-fé e, consequentemente, sem cometerem abusos.

4.3. Dos ilícitos processuais (abusivos e não-abusivos) contra a boa-fé objetiva: censura às condutas desleais

No direito processual civil, há inúmeras espécies de ilícitos que visam reprimir condutas desleais, contrárias à boa-fé objetiva.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 328 5/3/2007 12:34:34

Segundo a nossa concepção sobre o abuso de direito, qualquer conduta processual que, a par de exercer uma posição de vantagem aparentemente lícita[11], venha a afrontar o princípio da boa-fé, deverá ser considerada ilícita (ilícito abusivo), cabendo sua censura pelo magistrado responsável pela condução do processo.

Ocorre que a preocupação do legislador para com a eticidade no processo civil foi tão grande que várias condutas desleais foram transformadas em diversos ilícitos processuais não-abusivos. Quanto a tais condutas, não há falar-se em abusividade, haja vista que a ilicitude é aferida *prima facie*, pois sequer há aparência de ilicitude quando às mesmas.

Como exemplos de ilícitos não-abusivos contra a lealdade processual, previstos no Código de Processo Civil, podemos citar a litigância de má-fé[12] (arts. 17 e 18), o ato atentatório ao exercício da jurisdição (parágrafo único do art. 14), o ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601), o requerimento doloso de citação editalícia fora das hipóteses permitidas (art. 233), interpor embargos declaratórios com intuito protelatório (art. 538), interpor agravo manifestamente inadmissível ou infundado (art. 557, §2º), etc.

É verdade que todo abuso de direito pressupõe uma deslealdade processual, contudo, a recíproca não é verdadeira, pois nem todo ilícito não-abusivo tipificado visa combater condutas desleais no processo. Há, pois, ilícitos processuais "não-abusivos" que vão de encontro a outros valores, que não a lealdade.

---

11. Há casos em que não há a mínima aparência de licitude, mas que, mesmo assim, a jurisprudência se utiliza, equivocadamente, da nomenclatura "abuso de direito" para justificar a repressão processual operada, conforme o julgado a seguir transcrito, no qual houve ofensa direta ao princípio do juiz natural – o que, por si só, já elide a possibilidade de configuração do abuso de direito. Vejamos:
    Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REINGRESSO DE DESISTENTE EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE DIREITO.
    1. Conquanto a desistência não implique renúncia ao direito em que se funda a ação, nem, tampouco, gere empeço ao ajuizamento de nova demanda com idênticas partes, pedido e causa de pedir, não se pode admitir o abuso de direito processual, com o reingresso do desistente no feito ao seu talante, em grave violação do princípio do juiz natural.
    2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no RMS 17752 / BA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 06.11.2006 p. 372)
12. O principal e mais genérico ilícito processual não-abusivo é, sem dúvida, a litigância de má-fé. Segundo Celso Hiroshi Iocohama, qualquer ilícito que vá de encontro à lealdade processual é, em última análise um ato que atenta contra a função jurisdicional: *"[...] observando a amplitude da deslealdade processual, é de se concluir que as sanções poderão surgir de normas gerais (como no caso do art. 18 do CPC) ou em situações especificamente consideradas. Poderão ser voltadas especificamente para casos apontados como de litigância de má-fé ou não imediatamente assim considerados. Porém, em um maior ou menor grau, as sanções voltadas à dignidade da Justiça compreenderão o princípio da lealdade processual, restando entender sua efetiva aplicação."* (2006: 223)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 329 5/3/2007 12:34:34

Conforme já ressaltamos, o que distingue o ilícito "abusivo" do "não-abusivo" é a aparência de licitude peculiar àquele. A tipificação de ilícitos processuais contrários à boa-fé visa otimizar tal repressão, pois restaria mais evidente a ilicitude de tais comportamentos processuais.

Em sendo assim, a figura do abuso de direito processual ostenta um caráter subsidiário, haja vista que terá seu campo de aplicabilidade restrito às hipóteses de condutas desleais não contempladas pelos ilícitos processuais não-abusivos, e desde que tais condutas ostentem uma falsa aparência de licitude, pois que contrárias à boa-fé objetiva.

4.4. Das sanções ao abuso de direito processual

Conforme visto no item 3.2.4, as sanções ao ato abusivo podem ser, a princípio, divididas em duas categorias: sanções diretas e sanções indiretas.

No campo processual, a única sanção direta cabível é o impedimento de que atos desleais produzam efeitos futuros – ineficácia *ex nunc* dos atos abusivos, com base no art. 125 do Código de Processo Civil[13].

Por outro lado, se nos afigura inviável reparar *in natura* os efeitos já causados pelo ato abusivo, haja vista que uma vez desrespeitada a boa-fé objetiva, automaticamente, já houve prejuízo irrecuperável à efetividade, mormente com relação à celeridade processual.

Quanto ao cabimento de sanções indiretas, há que se verificar quais sanções específicas podem ser aplicadas em prol da indenização e/ou penalização decorrente do ato abusivo.

A nosso viso, segundo a disciplina do Código de Processo Civil, é cabível indenização por perdas e danos (art. 16), bem como inversão do tempo do processo (art. 273, inc. II) como sanções indiretas repressoras do ato abusivo.

Destarte, não no parece possível, em sede de direito processual, aplicar outras sanções indiretas contra o ato abusivo. O que é possível, visando preservar a lealdade processual, é o magistrado lançar mão de medidas preventivas puras, que não ostentem caráter repressivo.

---

13. Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 330 5/3/2007 12:34:34

Partindo dessa idéia, discordamos em parte do entendimento de Brunela Vieira de Vicenzi, para quem, em se tratando de abuso de direito processual,

> [...] parece possível impedir o exercício de posições inadmissíveis, sem cominar sanções ou multas, mas por meio de atos do juiz que impeçam a prática ou a continuidade de determinada conduta da parte, seja por meio de 'ameaças', seja com a inversão do tempo do processo, ou até com a inversão de certos ônus (como acontece na revelia) ao litigante que abusa da confiança depositada nele pelo Estado, ou com a perda de direitos processuais como conseqüência da violação da boa-fé." (2003:172)

Ora, a única medida preventiva elencada pela citada autora são as "ameaças" que o magistrado pode fazer às partes; as demais medidas são sanções indiretas, as quais devem respeitar o princípio de legalidade, conforme já expusemos. Daí que a inversão do tempo do processo (art. 273, inc. II) é a única sanção indireta elencada pela autora e que conta com expressa previsão no Código de Processo Civil, sendo, portanto, cabível.

Mister ressaltar, ademais, que há quem se posicione no sentido de admitir que o desrespeito ao princípio da lealdade processual possa, como sanção, influenciar na decisão do magistrado sobre o mérito do processo:

> O princípio da probidade pode ser afirmado como o norte de todos os demais orientadores da conduta processual, o genérico dever de lealdade e respeito à justiça. E a desobediência a este princípio, além das sanções diretas previstas pelo legislador, é capaz de influenciar, decisivamente, no resultado da causa, utilizando o julgador, como prova, o comportamento processual da parte." (MILMAN, 2007:36)

O fato é que, processualmente, não vislumbramos a possibilidade de se inverter ônus processuais ou determinar a perda de direitos processuais, como sanção a atos abusivos no processo, salvo se houver expressa previsão legal à respeito – o que não existe no nosso ordenamento jurídico.

4.4.1. Abuso do direito de defesa e antecipação dos efeitos da tutela

O único dispositivo do atual Código de Processo Civil que se referiu, expressamente, ao termo "abuso de direito" foi o inciso II do art. 273, e o fez nos seguintes termos:

> **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> [...]
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 331 5/3/2007 12:34:34

No inciso II supra-transcrito, há referência ao "abuso de direito de defesa" ao lado do "manifesto propósito protelatório do réu". Numa leitura apressada do dispositivo, pode parecer que se tratam de expressões sinônimas, contudo, há diferença entre ambas.

Para Teori Albino Zavascki, o "abuso de direito de defesa" se relaciona com atos praticados dentro do processo, ao passo que o "manifesto propósito protelatório do réu" admite que sejam antecipados os efeitos da tutela com base em atos praticados fora do processo, senão vejamos:

> Ora, a referência a abuso do direito *de defesa* demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a *atos processuais*. Por isso, por abuso do direito de defesa hão de ser entendidos os atos protelatórios praticados *no processo* (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – *fora do processo*, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença. (2004:77)

Adotamos em parte o posicionamento de Teori Albino Zavascki, haja vista que a expressão "manifesto propósito protelatório do réu", além de se referir aos atos ocorridos fora do processo, também se aplica aos atos de má-fé ocorridos dentro do processo. O "abuso de direito de defesa" ficaria reservado aos ilícitos processuais abusivos (ilícitos objetivos), onde não há que se perquirir a respeito do elemento subjetivo (má-fé) daquele que impede a efetividade e celeridade processual.

A nosso juízo, a expressão "manifesto propósito protelatório do réu" realmente se presta a autorizar a antecipação dos efeitos da tutela diante de atos praticados fora da relação processual e, até mesmo, antes do processo se formar. Para tanto, mister que haja comprovada má-fé do réu, ou seja, há que se visualizar o dolo ou culpa grave[14] daquele que opera com objetivos protelatórios.

Ocorre que, para nós, a expressão "manifesto propósito protelatório do réu" também se aplica aos fatos ocorridos dentro do processo, mormente quando,

14. A nosso viso, a culpa grave também está contida no conceito de má-fé, haja vista que é equiparável ao dolo (*culpa lata dolus equiparatur*). Ronnie Preuss Duarte (2005:447) diferencia bem as graduações da culpa: "A culpa, que tanto pode ser consciente quanto inconsciente (consoante a maior ou menor previsibilidade do dano), pode ser graduada em três níveis: levíssima, leve e grave. A culpa levíssima se verifica quando a situação só poderia ser evitada por uma pessoa excessivamente diligente (*diligentissimus pater familias*). Levando em conta que no direito português a diligência exigida é a do homem médio (*bonus pater familias*), a culpa levíssima sequer é considerada culpa pela maior parte dos autores. A culpa leve é justamente a omissão da diligência exigida, segundo o critério do *bonus fater familias*. A despeito de alguma diligência ter sido empregada, esta não alcançou o mínimo necessário, tal qual exigido por lei. Já a culpa grave (ou culpa *lata*) consiste na omissão de uma diligência que é usualmente empregada por qualquer cidadão."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 332 5/3/2007 12:34:35

concomitantemente, for verificado algum ilícito processual não-abusivo relacionado com o desrespeito a valores da ética e lealdade (Ex.: litigância de má-fé, ato atentatórios ao exercício da jurisdição, ato atentatório à dignidade da justiça, etc.), os quais não se confundem com os ilícitos abusivos.

Por conseguinte, a expressão "abuso de direito de defesa" fica reservada a casos ocorridos exclusivamente dentro do processo, onde houver um exercício do direito de defesa, aparentemente lícito, mas com ofensa ao princípio da boa-fé. Em outras palavras, quando se verificar, dentro do processo, o exercício abusivo de alguma prerrogativa jurídica relacionada com a defesa processual, haverá autorização para que o magistrado inverta o ônus do tempo do processo, antecipando os efeitos da tutela, desde que presentes os demais requisitos necessários para tanto, nos termos do inciso II, art. 273, do Código de Processo Civil.

4.4.2. Abuso de direito processual e indenização por perdas e danos

A responsabilidade civil decorrente de condutas abusivas é, salvo disposição em contrário, regulada pelo Código Civil, no qual, é estabelecido o dever indenizatório (responsabilidade) em decorrência de danos decorrentes de condutas ilícitas. Em sendo o ato abusivo um ilícito objetivo, consequentemente, ao teor do art. 187 c/c o *caput* do art. 927 do Código Civil, a responsabilização será, também, do tipo objetiva.

Ocorre que se nos afigura plenamente possível que legislações específicas alterem tal metodologia. Foi o que fez o Código de Processo Civil, ao dispor em seu art. 16 que *"responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente"*. Tal opção legislativa é digna de aplausos, pois se deu com o escopo de não inibir o acesso ao Poder Judiciário.

Pois bem, nos termos do art. 16 do Código de Processo Civil, a responsabilização por perdas e danos advindos de ilícitos processuais (abusivos e não-abusivos) é subjetiva, haja vista que tem como pressuposto a má-fé (dolo ou culpa grave) daquele que causou o dano. Infere-se, pois, que o referido art. 16 traça a regra geral sobre a responsabilização por perdas e danos processuais – regida pela responsabilidade subjetiva.

Há que se lembrar, outrossim, que, por vezes, a lei processual poderá excepcionar a regra geral do art. 16, como, por exemplo, quando prevê a responsabilidade objetiva pelo pagamento dos honorários advocatícios e das despesas processuais ou, então, pelos prejuízos processuais advindos da execução de medida

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 333 5/3/2007 12:34:35

cautelar – exceções previstas, respectivamente, nos arts. 20[15] e 811[16] do Código de Processo Civil.

5. DA RELEVÂNCIA PRÁTICA DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL

Conforme expusemos até aqui, o abuso de direito processual é figura subsidiária, verificado somente quando houve aparência de licitude da conduta processual, a qual, em verdade, ofende o princípio da boa-fé.

Se a deslealdade processual é aferida diretamente, através da subsunção da conduta, facilmente, a algum dos ilícitos processuais existentes, não há que se falar em ilícito abusivo, mas sim em ilícito não-abusivo. Dos ilícitos não-abusivos tipificados no Código de Processo Civil, vários deles visam diretamente preservar a lealdade e boa-fé, necessárias com relação a todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo.

O principal dos ilícitos processuais não-abusivos é, sem sombra de dúvida, a litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC), haja vista seu caráter genérico. Outrossim, há diversos outros ilícitos processuais não-abusivos tipificados no Código de Processo Civil, relacionados a situações mais específicas que aquelas indicadas no rol do art. 17 como sendo litigância de má-fé.

Quando os valores protegidos por outras infrações processuais forem diversos daqueles resguardados pela litigância de má-fé, é plenamente possível a aplicação concomitante das sanções cominadas a ambos ilícitos, não havendo *bis in idem*. Noutro giro, quando os valores de tais ilícitos se confundirem, há que se aplicar a sanção prevista no ilícito específico, mas subsiste a possibilidade de aplicação de eventual "sanção residual" – aquela que é prevista, exclusivamente, para a litigância de má-fé.

---

15. Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
16. Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que Ihe causar a execução da medida:
    I - se a sentença no processo principal Ihe for desfavorável;
    II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
    III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
    IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).
    Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 334 5/3/2007 12:34:35

Contudo, cientificamente, nunca uma mesma conduta processual será, ao mesmo tempo, um ilícito não-abusivo e um ilícito abusivo. O abuso de direito é verificado de forma subsidiária, somente quando a conduta não se subsumir a algum ilícito não-abusivo e, ao mesmo tempo, quando tal conduta ostentar uma falsa "aparência de licitude" que, na verdade, vai de encontro ao princípio da boa-fé. Sem esses dois pressupostos, não há que se falar em abuso de direito.

É preciso aprimorar a diferença entre ilícitos não-abusivos e ilícitos abusivos – o que não vem sendo realizado com sucesso, a nosso viso, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Os deveres de conduta elencados no rol do art. 14 do CPC, mormente os deveres de lealdade e boa-fé (inciso II), quando não forem objeto de repressão típica no CPC, o serão, subsidiariamente, mediante a aplicação da teoria do abuso de direito. Em sendo assim, não concordamos com aqueles que pretendem estender a aplicação da litigância de má-fé a condutas não previstas no art. 17 do CPC, tal como quer Cândido Rangel Dinamarco:

> Inversamente, constituem litigância de má-fé os atos infratores dos deveres diretamente arrolados no art. 14, ainda quando não constantes do elenco de infrações contido nos incisos do art. 17. Eventuais lacunas são só aparentes, porque a norma de encerramento contida no inc. II do art. 14 manda que todos procedam com lealdade e boa-fé, reputando-se litigância abusiva[17] eventuais condutas sem lealdade ou sem boa-fé, ainda quando especificadas em tipos legais bem precisos. (2002:67)

O art. 17 tipifica condutas ilícitas não-abusivas, tal qual é feito por diversos outros dispositivos esparsos pelo Código de Processo Civil. A tipificação pressupõe o enquadramento exaustivo de condutas, previstas *numerus clausus*. A compreensão adequada da teoria do abuso de direito rebate a tese, por exemplo, daqueles que, como Valentino Aparecido de Andrade, admitem a extensão da litigância de má-fé a outras condutas não-tipificadas, pelo fato de também serem ofensivas à lealdade e boa-fé processual.

> Anote-se, entretanto, que partindo do pressuposto de que o artigo 17 é formado por condutas sancionadoras, sustenta a maior parte da doutrina brasileira que esse elenco é taxativo, e que por isso sua interpretação não pode ser extensiva ou ampliada. Mas, fosse esse elenco *numerus clausus*, como se afirma – e certamente não haveria necessidade de a Lei fixar, como fixa (artigo 14), deveres gerais, que estariam todos consubstanciados na descrição das condutas tipificadas. (ANDRADE, 2003:137-138)

17. *Data venia*, Cândido Rangel Dinamarco incorre em erro comumente encontrado na doutrina e jurisprudência, haja vista que utiliza nomenclatura específica do abuso de direito para se referir a ilícitos não-abusivos – no presente caso, referindo-se à litigância de má-fé.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 335 5/3/2007 12:34:35

Com efeito, a teoria do abuso de direito processual, ante seu caráter subsidiário, serve, justamente, para que se proceda à repreensão de condutas contrárias à lealdade e boa-fé objetiva, mas que não estejam devidamente tipificadas em algum dispositivo da legislação processual.

De tudo que se disse até aqui, talvez pareça que sejamos extremamente positivistas – rótulo com o qual não concordamos, haja vista que vários ilícitos processuais tipificados (não-abusivos) contêm, em sua definição, conceitos jurídicos indeterminados, responsáveis por evitar o "obsoletismo da norma e a inflação legislativa" (FARIAS; ROSENVALD, 2006:35). De certa forma, consideramos os tipos processuais, mormente os relativos à litigância de má-fé, como sendo "tipos abertos", haja vista a constante presença de conceitos jurídicos indeterminados[18]. Ora, o positivismo extremado é incompatível com tipos abertos, onde há utilização de conceitos jurídicos indeterminados.

Em sendo assim, o que buscamos é a correta diferenciação entre os ilícitos processuais decorrentes do abuso de direito e aqueles não-abusivos, que já se encontram tipificados pela legislação processual e que, portanto, carecem de uma falsa "aparência de licitude" – traço distintivo crucial entre o abuso de direito e as demais condutas ilícitas.

6. CONCLUSÃO

A efetividade dos direitos depende de um processo judicial que seja, sobretudo, justo e célere. Em outras palavras: de um processo judicial que respeite os princípios constitucionais do devido processo legal e da tutela jurisdicional tempestiva. Quanto a este último, Fábio Milman aduz que,

> Uma das principais mazelas do Poder Judiciário repousa na demora da prestação jurisdicional. Afastadas as questões estruturais típicas de um país terceiro-mundista, colocados de lado os raros maus exemplos de servidores despreparados e com pouca vontade de exercer responsavelmente função primordial ao Estado democrático de direito, encontramos a (má) conduta das partes litigantes como um dos

18. Os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com as cláusulas gerais. Sobre o tema, doutrina Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: "Ocorre que em ambos há extrema vagueza e generalidade, que tem de ser preenchida com valores pelo juiz. Quando a norma já prevê a conseqüência, houve determinação de conceito legal indeterminado: a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a conseqüência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a conseqüência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto. O juiz pode dar uma solução em um determinado caso, e outra solução diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz, ao aplicar a cláusula geral, é integrativa." (NERY JR.; NERY, 2005:159).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 336 5/3/2007 12:34:35

> principais fatores a retardar a efetividade no trato da coisa pública direcionada à solução dos conflitos. (MILMAN, 2007:1)

No estágio atual da ciência jurídica, tem-se por obrigatório que as partes, assim como todos aqueles que atuam no processo, pautem suas condutas de acordo com a boa-fé e a lealdade, como uma das formas de se permitir que o processo atinja seus escopos com efetividade.

Doutrina e jurisprudência, no afã de buscar a efetividade do processo, acabam por utilizar, excessivamente, a nomenclatura "abuso de direito" para se referir a quaisquer condutas processuais que sejam contrárias à boa-fé e à lealdade.

Contudo, há que se tomar cuidado, pois os ilícitos processuais "abusivos" não podem ser confundidos com os "não-abusivos". Estes são todos aqueles ilícitos processuais, via de regra tipificados, que não ostentam uma "falsa aparência de licitude", ou seja, seu caráter ilícito é aferido *prima facie*.

O abuso de direito processual é verificado quando determinadas condutas, apesar de "aparentemente lícitas", contrariarem o princípio constitucional da boa-fé (art. 3º, inc. I, CF/88). Tal abuso processual tem função meramente subsidiária, incidente quando não for possível detectar *prima facie* a ilicitude.

Daí que, se nos afigura excessiva e desprovida de cientificidade a utilização da terminologia "abuso de direito" quando dada conduta se subsumir a alguma das hipóteses de litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça, ato atentatório ao exercício da jurisdição ou a qualquer outro ilícito processual tipificado na legislação.

A atribuição de caráter subsidiário ao abuso de direito processual, não indica que o mesmo seja desprovido de importância. Segundo nosso entendimento, a legislação processual, preocupada com o respeito à boa-fé e à lealdade, tipificou satisfatoriamente várias condutas ilícitas. Contudo, eventualmente, podem existir condutas processuais desleais que não se amoldem a nenhum dos ilícitos processuais tipificados – aqui o abuso de direito exerce sua função com maestria, mas somente nesta sede subsidiária.

A nosso viso e de forma pragmática, os diversos ilícitos processuais, mormente a litigância de má-fé, são suficientes para reprimir as condutas processuais desleais. O papel legislativo já foi devidamente realizado, com a tipificação de tais ilícitos, muitas das vezes com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados que colaboram para a sua auto-atualização.

É extremamente difícil encontra um exemplo de uma conduta processual desleal que não se subsuma a algum dos ilícitos processuais "não-abusivos",

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 337 5/3/2007 12:34:36

razão pela qual o campo para aplicação da teoria do abuso de direito processual, além de subsidiário, é reduzidíssimo e remoto.

Logo, a condução dos processos judiciais pautados pela boa-fé e lealdade é de responsabilidade principalmente dos magistrados, munidos com o arsenal legislativo de sanções cominadas contra os diversos ilícitos processuais "não-abusivos".

> A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este pôs nas mãos daqueles poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatível com os anseios do Estado Social e Democrático. (THEODORO JR., 2006:118-119)

Com efeito, chega a ser desnecessário se recorrer à figura do abuso de direito processual para que se reprimam as condutas processuais desleais, haja vista a suficiência, quase que total, dos ilícitos processuais "não-abusivos". O que é imprescindível é a mudança na mentalidade dos julgadores, encarregados de aplicar tais normas, incluindo suas respectivas sanções.

Noutro giro, para resolver a questão das condutas processuais desleais, não basta tão-somente munir o magistrado com meios sancionadores de tais condutas. Ainda há muito que pode ser feito, pois,

> [...] há de se considerar que a mera aplicação de penalidades pecuniárias, ainda que agravadas como vem sendo tendência, combatem os efeitos e não as causas do mau gerenciamento, pelas partes, dos meios processuais.
>
> Há de se investir na prevenção por meio da boa formação dos advogados, no estudo sério da ética, na modificação da própria lei que permite, tomando-se apenas como exemplo a seara recursal, verdadeira eternização desnecessária de demandas que se apresentam com simplicidade e pouca projeção e repercussão social. (MILMAN, 2007: 213)

Em matéria de repressão, acreditamos que o sistema processual civil brasileiro está bem servido, não havendo sequer necessidade de se recorrer à figura com abuso de direito processual com a habitualidade com que vem fazendo a doutrina e jurisprudência, conforme já enfatizamos. Há, pois, que se reformular a legislação e a consciência daqueles que atuam de alguma forma junto ao Poder Judiciário, para que se previna a prática de condutas que vão de encontro à boa-fé e lealdade processual.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J.E. Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2006;

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 338 5/3/2007 12:34:36

ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé.* São Paulo: Dialética, 2004;

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito* in Questões Controvertidas v. 4. São Paulo: Método, 2005;

BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2006;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. v. 1;

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil decorrente do abuso de direito in* Questões Controvertidas v. 5. São Paulo: Método, 2006;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002;

DUARTE, Ronnie Preuss. *Responsabilidade civil e o novo Código: contributo para uma revisitação conceitual in* Questões Controvertidas v. 4. São Paulo: Método, 2005;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – teoria geral.* 5. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações.* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006;

FIÚZA, César. *Direito Civil – curso completo.* 8. ed. Belo Horizonte: *Del rey*, 2004;

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4 ed.,São Paulo: Malheiros, 2006.*

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1;

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual.* Curitiba: Juruá, 2006;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* 4. ed. São Paulo: RT, 2005;

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 339 5/3/2007 12:34:36

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado.* 1. ed. São Paulo: RT, 2000;

MENEZES, Cordeiro Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado.* 3. ed. São Paulo: RT, 2005;

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 7. ed. São Paulo: RT, 2003;

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos Ilícitos civis.* Belo Horizonte: *Del rey*, 2003;

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005;

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil.* São Paulo: RCS, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz. in* Processo Civil, aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2005/2006;

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC.* 2. ed. São Paulo: RT, 2002;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 4;

VICENZI, Brunela Vieira de. A Boa-fé no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2003;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 2002;

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 340 5/3/2007 12:34:36

Capítulo XV
Jurisdição constitucional e alguns aspectos da ação de mandado de segurança individual

*Marta Maria Gomes Silva**

Sumário • 1. Introdução. 2. As Origens do Instituto no Direito Brasileiro: Evolução Constitucional. 3. Visão Geral do Instituto. 4. Ato de Autoridade para Fins de Impetração. 5. Direito Líquido e Certo. 6. Prazo para Impetração. 6.1. A Afirmada Inconstitucionalidade do Prazo Decadencial de 120 dias. 7. Competência. 7.1. A Atribuição de Competência pela Constituição. 8. Intervenção do Ministério Público. 9. Conclusões. 10. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitui um dos institutos fundamentais do direito processual civil e o conceito clássico trazido pela doutrina se refere ao chamado poder-dever atuante do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, de solucionar os litígios que são apresentados pelos particulares.

Humberto Theodoro Júnior[1] esclarece que a jurisdição desenvolvida pelo Estado constitui "o poder-dever de fazer atuar a vontade concreta da ordem jurídica nas situações litigiosas, quer por meio de declaração do direito do caso concreto, quer por meio de execução efetiva do direito reconhecido à parte".

Expõe Walter Vechiato Júnior[2] que a: "Jurisdição é a atividade do Estado-Juiz, que substitui a vontade das partes, num determinado processo regular, mediante provocação, acobertado pelo princípio constitucional denominado devido processo legal, para aplicar processualmente o direito material ao caso concreto e solucionar pacificamente o conflito individual ou metaindividual".

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[3] acrescentam que a jurisdição é, simultaneamente, poder, função e

---

* Mestranda em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP/SP.

1. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao Vivo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 5. p. 70.
2. VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Curso de Processo Civil.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. v. 1. Processo de Conhecimento. p. 1.
3. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 341 5/3/2007 12:34:36

atividade: "Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)".

Assim, temos que o termo jurisdição significa dizer o direito, porém não somente no sentido de declará-lo, mas, outrossim, no de concretizá-lo efetivamente para fins de pacificação social.[4]

Pois bem. Resta, agora, neste intróito tentar estabelecer no que consiste a jurisdição constitucional?

Apesar de não haver um certo consenso na doutrina sobre o alcance das expressões "Justiça Constitucional", "jurisdição constitucional" ou mesmo "Tribunal Constitucional", valemo-nos, inicialmente, do conceito trazido por André Ramos Tavares[5]: "A idéia de uma jurisdição constitucional tem sido trabalhada para identificar a parcela de atividade pela qual se realiza, jurisdicionalmente, vale dizer, consoante um método jurídico-processual, a proteção da Constituição em todas as suas dimensões".

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho[6]: "No constitucionalismo recente parece defender-se, em geral, a conexão entre constituição e jurisdição constitucional. (...) A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cum-

4. Cf. LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Atlas, 2005. v. 1. Parte Geral. p. 67. Observa ainda o autor que: "Costuma-se dizer que a jurisdição vem sendo revisitada, quer dizer, vem ganhando nova configuração para melhor atender aos seus fins. Assim, além da possibilidade de exercício da jurisdição por particulares, inclina-se a doutrina moderna a incluir, nesse sentido, não só a *jurisdição contenciosa*, mas também a *jurisdição voluntária*." (*Curso de Direito...*, ob. cit., p. 68.) Nesse sentido, insta salientar também os dizeres de André Ramos Tavares: "A jurisdição, como se sabe, desenvolveu modernamente a vertente de controle da constitucionalidade dos atos normativos do Estado, deixando o clássico conceito de apenas "dizer o Direito para o caso concreto". O controle da constitucionalidade, praticado pelos tribunais constitucionais, desenvolve-se em abstrato, sem qualquer referência a um caso concreto. Trata-se, contudo, em muitos países, de atividade que se pode dizer jurisdicional". (*Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. ver. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 216.)
5. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 144.
6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 886 e 887-888.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 342 5/3/2007 12:34:37

primento das normas e princípios constitucionais vigentes. (...) A justiça constitucional é hoje também um aparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de "jurisdição da liberdade")".

No que respeita o tema observa Alexandre de Moraes[7] que "a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais".

Tavares[8] aponta que a expressão "jurisdição constitucional" é empregada no intuito de designar "a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica".

Sem dúvida, é possível afirmar que a fiscalização do cumprimento da Constituição baseia-se na idéia de sua primazia jurídica no ordenamento de leis do Estado, bem como na mantença de sua rigidez.

Tal rigidez significa, segundo José Afonso da Silva[9]: "que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas".

Nesse prisma, portanto, a jurisdição constitucional pode ser vista pelo seu papel de garantidora da supremacia da lei fundamental do Estado, bem como de asseguradora de instrumentos de controle que possibilitem a garantia constitucional. Tais instrumentos constituem as chamadas ações constitucionais.

A Constituição, sob seu aspecto contemporâneo, é fruto do resultado de um longo processo de elaboração.

---

7. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 68.
8. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 217.
9. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 343 5/3/2007 12:34:37

Isso porque, indubitavelmente, a constitucionalização dos Estados revelou-se uma conquista das liberdades individuais frente ao poder absoluto e incontestável dos antigos governantes, uma forma de limitação dos poderes estatais.

Por conseguinte, as declarações de direitos passaram a figurar como parte essencial em todas as Constituições, enumerando, assim, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse prisma, as ações constitucionais – também denominadas de remédios constitucionais[10] – se mostram como meios indispensáveis à proteção de tais prerrogativas.

Na lição de Carlos Alberto Menezes Direito[11] o sistema constitucional de garantias dá vigor e eficácia à declaração de direitos. Sem tais garantias, explana o autor, "os direitos assegurados na declaração permanecem no papel, não havendo como impedir que sejam violados. As chamadas garantias ou remédios constitucionais nasceram com o objetivo de impedir que os direitos dos cidadãos ficassem inertes nas declarações, sem eficácia".

Hodiernamente, a Constituição de 1988 agasalhou dentre o rol de garantias a figura do mandado de segurança em suas formas: individual, para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX) e coletiva, para resguardar direito pertencente a uma coletividade, podendo ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX).

O presente trabalho tem como foco de análise alguns aspectos da figura do mandado de segurança individual, tendo por base as normas que regem o instituto, e a problematização de temas afetos ao tema. Contudo, há que se pontuar

10. Sobre os remédios constitucionais, José Afonso da Silva observa a razão da referida denominação: "A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar*, *corrigir* ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*. (...) São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de *remédios*, e remédios *constitucionais*, porque consignados na Constituição". (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 442).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 344 5/3/2007 12:34:37

de antemão, que o pretenso estudo não tem por escopo esgotar os conhecimentos referentes a essa questão, tampouco analisar todas suas nuanças e sim, apresentar idéias a fim de que novos pensamentos sobre o tema surjam.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

A principal fonte do instituto do mandado de segurança foi a chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*". Seu principal formulador, Ruy Barbosa, defendia que o instrumento poderia ser empregado na defesa de qualquer direito e não só para proteção da liberdade de locomoção. O constitucionalista, na época, influenciou de maneira expressiva o entendimento do Supremo Tribunal Federal a fim de que não fosse dada uma interpretação restritiva ao instituto do habeas corpus.[11]

Isso porque como a Constituição de 1891, ao atribuir status constitucional[12], ampliou o conceito do *habeas corpus* – inicialmente trazido no Código de Processo Criminal de 1832 – o mesmo passou, então, a ser usado fora do seu campo estritamente penal – como garantidor da liberdade de locomoção – e veio tutelar a liberdade individual em sentido mais amplo.

A propósito bem observa Eduardo Talamini[13]: "Foi sob a égide da Constituição de 1891 que o *habeas corpus* pôde parcialmente assumir o papel de instrumento mais amplo de tutela específica relativa a deveres de fazer ou não fazer. A medida ganhou o *status* de garantia constitucional. O dispositivo que a previa valia-se de redação extremamente ampla. Não havia, na fórmula constitucional, nenhuma restrição do instrumento à tutela da liberdade de locomoção".

Com a reforma constitucional de 1926 o artigo 72, parágrafo 22 restringiu de forma explícita o campo de incidência do *habeas corpus* ao estabelecer seu cabimento sempre que alguém sofresse, ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

---

11. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 4.
11. Cf. VELLOSO, Carlos Mário. *As Novas Garantias Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo: 177/14. Rio de Janeiro: jul./set. 1989. p. 15.
12. O artigo 72, parágrafo 22 da Constituição de 1891 assim dispunha: "Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder".
13. TALAMINI, Eduardo. *As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira*. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 306.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 345 5/3/2007 12:34:37

Com isso, os demais direitos passaram a carecer de instrumento que os tutelassem. Segundo Arnoldo Wald[14] e José da Silva Pacheco[15], tal restrição veio acentuar a necessidade de se criar outro meio eficaz de proteção às situações urgentes não abrangidas pelo *habeas corpus*.

Seguiram-se, então, após a reforma de 1926, vários projetos específicos. Dentre eles destacam-se os de autoria de: Edmundo Muniz Barreto e dos parlamentares Gudesteu Pires, Afrânio de Melo Franco, Mattos Peixoto e Odilon Braga. Todos apresentados em épocas distintas, mas munidos com um único objetivo: o de amparar o indivíduo contra as arbitrariedades oriundas do Estado.

Por fim, lamentavelmente, com a dissolução do Congresso, em 1930, nenhum deles obteve êxito.

Com o retorno dos trabalhos legislativos em 1934, o assunto regressou à pauta de discussões.

Finalmente, como resultado direto dos debates, a Constituição Federal de 1934 veio consagrar o mandado de segurança em seu artigo 113, inciso 33.[16]

Estava criado, neste momento, um dos instrumentos de maior proteção dos direitos dos cidadãos frente aos abusos do Poder Público.

Adveio, ulteriormente, a necessidade de criação de uma regulamentação através de lei ordinária. Referida tarefa foi incumbida ao deputado Alcântara Machado. Desse modo, em 16 de janeiro de 1936 despontou no plano infraconstitucional a Lei n. 191. No entanto, no ano subseqüente, o mandado de segurança foi excluído do rol de garantias constitucionais pela Carta ditatorial de 1937, passando a vigorar, tão somente, na esfera infraconstitucional pelo Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937.[17]

---

14. WALD, Arnoldo. *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 35.
15. PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.
16. Dispunha o texto constitucional: "Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petitórias competentes".
17. O artigo 16 do Decreto-Lei n. 6 vedou sua utilização contra atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Mais tarde, proibiu-se a utilização da garantia constitucional contra atos do Prefeito do Distrito Federal por força do Decreto-Lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937. Não bastasse, o Código de Processo Civil de 1939 restringiu ainda mais o campo de ação do mandado de segurança ao estabelecer, no seu artigo 320, inciso IV, o não cabimento em matéria de impostos e taxas, exceto quando a própria lei determinasse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte: "Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: (...) IV – de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 346 5/3/2007 12:34:37

De toda sorte, com a redemocratização de 1946, o mandado de segurança voltou a figurar no corpo constitucional[18], com algumas alterações: a expressão *direito certo e incontestável* foi substituída por *direito líquido e certo*, e não se exigia mais que se tratasse de inconstitucionalidade ou ilegalidade *manifesta*.

Em seguida, deu-se a edição da lei que viria a regular o mandado de segurança até os dias atuais: 1.533, de 31 de dezembro de 1951[19]. Referido diploma foi alterado pelas Leis posteriores: 2.770, de 04.05.56; 4.166, de 04.12.62; 4.348, de 26.06.64; 4.357, de 16.07.64; 4.862, de 29.11.65 e 5.021, de 09.06.66.

A Constituição de 1967 continuou prevendo a garantia do mandado de segurança.[20] Igualmente aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1969, que manteve a redação anterior, apenas suprimindo a expressão *individual*.[21]

Por fim, a Constituição de 1988 manteve a figura do instituto no artigo 5º, inciso LXIX e inovou ao ampliar seu alcance por meio do mandado de segurança coletivo disposto no artigo 5º, inciso LXX.

3. VISÃO GERAL DO INSTITUTO

A atual Constituição da República fixou no inciso LXIX, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Em idêntica linha, dispõe o *caput* do art. 1º da Lei n. 1.533/51: "Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

---

18. Estabelecia seu artigo 141, §24: "Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".
19. Dispõe seu artigo 1º: "Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".
20. Dispunha seu artigo 150, §21: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".
21. A redação do artigo 153 passou a ser a seguinte: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 347 5/3/2007 12:34:38

Desses dispositivos legais é possível especificar, de plano, alguns contornos basilares para a compreensão do instituto.

A priori, quanto à sua natureza jurídica, trata-se de ação civil, de índole constitucional e rito sumário especial. Ressalve-se em tempo, que sua natureza civil não impede o ajuizamento em matéria criminal.[22]

A propósito, explicita José Janguiê Bezerra Diniz[23]: "O remédio heróico é ação civil de rito sumário especial, (...) por ser ação civil, mesmo que o ato impugnado seja administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, esta será sempre processada e julgada como ação civil no juízo competente, daí porque não há falar em mandado de segurança criminal nem eleitoral".

Subsidiariamente, regula-se pelas regras dispostas no Código de Processo Civil, como acentua Cássio Scarpinella Bueno[24]: "Não se pode perder de vista que o mandado de segurança é ação *civil*, isto é, não penal e não trabalhista, e, como toda e qualquer ação civil, é regulada, naquilo que não confrontar seu modelo e sua finalidade próprios, pelo Código de Processo Civil. Dúvida não pode haver, portanto, de que o CPC é norma *subsidiária* para o mandado de segurança e que deve ser aplicada toda vez que, na lacuna das leis que tratem, especificamente, do instituto não haja conflito com sua natureza e predestinação constitucional".

Interessante notar que, apesar do mandado de segurança exigir a existência dos pressupostos processuais e condições da ação, como as demais ações, a fim de que lhe seja examinado o mérito; não se trata, de forma alguma, de uma ação como qualquer outra existente no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, bem-sucedida é a afirmação de José de Castro Nunes[25]: "O mandado de segurança assenta num princípio que o nosso direito anterior desconhecia: a possibilidade de ser a administração compelida a praticar certo ato ou abster-se de o praticar".

Outrossim, em relação às condições da ação, vislumbram-se aspectos específicos, especialmente no tocante ao objeto, à existência de um direito líquido e

22. Nesse sentido, conferir *RTJ* 83/225 e *RT* 505/287.
23. DINIZ, José Janguiê Bezerra. *O Mandado de Segurança.* Consulex: v. 0, n. 0. Brasília: jan./dez. 1998. p. 246.
24. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.
25. NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 51.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 348 5/3/2007 12:34:38

certo e à indisponibilidade de outra ação hábil a coibir a ilegalidade ou o abuso de poder.

O mandado de segurança pode ser impetrado com o objetivo de atacar ato lesivo ou mesmo a *ameaça* de sua prática. Diz-se que na primeira hipótese ele é *repressivo*, vez que a ilegalidade já foi cometida e na segunda, *preventivo*, pois o que se tem é uma ameaça a direito líquido e certo do impetrante.

No que tange ao seu objeto, na definição de Hely Lopes Meirelles[26] o mandado de segurança representa: "O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art.5º, LXIX e LXX; Lei nº 1533/51, art. 1º)."

Pela conceituação supra registrada, tem-se que o objeto do mandado de segurança consistirá sempre na correção de um ato ou omissão de autoridade, desde que eivado de ilegalidade ou acusador de ofensa a direito, individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.

Frise-se que tal ato poderá ser proveniente de qualquer autoridade dos três Poderes e do Ministério Público.[27]

Quanto ao âmbito de incidência, este é deferido de forma residual, pois a medida é cabível, tão somente, quando o direito líquido e certo carecedor de proteção não estiver amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, segundo própria estipulação legal.

Desta feita, caso haja outro meio hábil de se pleitear a correção do ato, este deverá ser utilizado.

Por fim, verifica-se que a ação de mandado de segurança pressupõe certos elementos indispensáveis à sua propositura. São eles: ilegalidade ou abuso praticado por autoridade ou agente no exercício de atribuições públicas; direito líquido e certo; direito não tutelável por *habeas corpus* ou *habeas data*.

---

26. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.
27. Cf. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 165.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 349 5/3/2007 12:34:38

4. ATO DE AUTORIDADE PARA FINS DE IMPETRAÇÃO

O ato impugnável pela via mandamental não se consubstancia em qualquer ato, senão em ato advindo de autoridade. De acordo com a Constituição, autoridade "responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Importante, sim, esclarecer quem seria autoridade para fins de impetração do *mandamus*. A autoridade é entendida como a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que o próprio diploma legal lhe conferiu.

A autoridade pública, no entanto, diferencia-se diametralmente da figura do agente público.

Com respeito a esse aspecto, cabível é a transcrição de Meirelles[28]: "Deve-se distinguir *autoridade pública* do simples *agente público.* Aquela detém, na ordem hierárquica, *poder de decisão* e é competente para praticar *atos administrativos decisórios*, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não respondem a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples *executor* não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que *decide*, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. *Atos de autoridade*, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução".

Todavia, também são tidos como atos de autoridade os oriundos de particulares, quando exercentes de *função pública* (art. 1º da Lei n. 1.533/51), o que seria possível aos olhos de Cássio Scarpinella Bueno[29] pelo instrumento jurídico da *delegação* (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular): "Também, particulares podem ser alvo de

28. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 33.
29. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 18. Nesse sentido também argumentam Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky: "Autoridade, para efeito de Mandado de Segurança, é o agente público investido de poder de decisão para anular o ato atacado ou para suprir omissão lesiva de direito líquido e certo do impetrante, não se confundindo, portanto, com o mero executor. De outra parte, por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, deve-se entender o particular que esteja executando um serviço público por meio de uma das formas permitidas por nosso ordenamento jurídico. Dentro desse contexto é que surge, por exemplo, a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato de estabelecimento particular de ensino". (*Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 422)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 350 5/3/2007 12:34:38

mandado de segurança naquilo que diz respeito à delegação, isto é, à parcela da atividade cujo exercício lhe foi reconhecido em nome do Estado. Daí a admissibilidade, pela jurisprudência, de mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de particulares prestadores de serviços públicos. Entende-se, nesses casos, que a "autorização" referida no art. 209, II, da Constituição Federal é significativa de trespasse de atividade pública ou particular".

Ademais, referido assunto encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: "Súmula 510. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial cabível".

Nesse diapasão, infere-se que a expressão "competência delegada" deve ser assimilada como sendo sinônimo de função pública. De maneira que existindo a função pública perfeitamente manejável é o mandado de segurança.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[30] dissertam nessa linha de raciocínio: "Para fins de mandado de segurança autoridade é aquela que praticou ou ordenou o ato, podendo ser uma autoridade administrativa ou um agente no exercício de atribuição do Poder Público".

Outrossim, os atos praticados por administradores ou representantes de autarquias, de entidades paraestatais, de empresas públicas, de sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas podem ser atacados pelo *writ*.

No mais, atualmente, é pacífico o entendimento de que os *atos judiciais* – acórdão, sentença ou despacho – configuram *atos de autoridade* passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante. Também os *atos administrativos* praticados por Magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*. Os atos realizados por parlamentares quando da elaboração da lei, da votação de projetos ou da administração do Legislativo configuram atos de autoridade; atacáveis, portanto, pela ação em questão sempre que infringirem a letra da Constituição ou as normas regimentais da Corporação e, conseqüentemente, lesarem algum direito do impetrante.[31]

---

30. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 163.
31. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 34.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 351 5/3/2007 12:34:38

5. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Tem-se que a proteção conferida pelo mandado de segurança não é extensível a todo e qualquer direito. O próprio dispositivo constitucional tratou de excluir a liberdade de locomoção (*habeas corpus*) e o acesso a informação de caráter pessoal constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (*habeas data*) da via mandamental. Quantos aos demais direitos só será cabível a segurança caso forem líquidos e certos. Deste modo, cumpre averiguar qual o entendimento predominante no que respeita o conceito "líquido e certo".

Inicialmente, tem-se o surgimento da expressão na Constituição de 1946. Como já mencionado, anteriormente, referia-se a *direito certo e incontestável*. No tocante à alteração, acertada é a colocação de Arnoldo Wald[32]: "A expressão direito incontestável também foi infeliz e por essa razão o constituinte não a manteve, pois a incontestabilidade é noção essencialmente subjetiva, além de ser incompleta, pois só à vista da contestação se depreenderia a possibilidade ou não de impugnar o ato administrativo praticado".

Sobre o entendimento inicial que se deu à questão, explica Celso Ribeiro de Bastos[33]: "A primeira tendência foi a de considerar como líquido e certo todo o direito que fosse evidente, insuscetível de impugnação e cuja procedência não pudesse deixar de ser reconhecida. Exigia-se, pois, que o direito fosse translúcido, não só porque os suportes fáticos em que repousava, como também porque indiscutível o conteúdo do dispositivo invocado.

Seria portador de um direito líquido e certo todo aquele que invocasse em seu beneficio um comando lega, este mesmo isento de dúvida, como também a sua efetiva subsunção à norma abstratamente considerada, pela implementação em seu prol dos pressupostos legais.

Não há dúvida que a aquisição dos direitos se dá pela conjugação desses dois elementos: uma situação fática qualificada mais a incidência sobre esta de uma vontade normativa que a torna apta a produzir certas conseqüências jurídicas.

Contudo, a corrente ora exposta foi quase que totalmente superada pela evolução da própria doutrina e, sobretudo da jurisprudência, que passaram a distinguir com clareza esses dois pólos de toda a situação jurídica: o fático e o

32. WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança...*, ob. cit., p. 121.
33. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 404-405.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 352 5/3/2007 12:34:39

normativo. E, simultaneamente, a fazer residir a certeza e liquidez do direito tão-somente ao primeiro deles".

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[34] a premissa para se compreender a atual expressão reside no fato em si, e não no direito. Assim, direito líquido e certo é o proveniente de fato líquido e certo, ou seja, comprovável de plano, com base exclusivamente em prova documental.

Líquido e certo, segundo Alexandre de Moraes[35], é o direito: "que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca".

No mesmo sentido prescreve Hugo de Brito Machado[36]: "Direito líquido e certo, protegível mediante mandado de segurança, é aquele cuja demonstração independe de prova. Sabe-se que todo direito (subjetivo) resulta da incidência de uma norma. Resulta, pois, do binômio norma-fato. Para que o direito seja líquido e certo basta que o fato do qual resulta seja incontroverso. A controvérsia quanto à norma não lhe retira a liquidez e certeza".

Eduardo Arruda Alvim[37] também preleciona: "Para que o direito seja tido por líquido e certo, preciso é, apenas, que estejam provados documentalmente, de plano, com os documentos acostados à inicial, os fatos em questão".

Dessa forma, clara é a idéia de que direito líquido e certo é aquele embasado em *fato* líquido e certo, ou seja, incontroverso e que pode ser comprovado de plano, através de prova estritamente documental.

A expressão, portanto, está atrelada à prova pré-constituída, não carecedora de dilação probatória. Isso porque, caso esta ocorra, a via mandamental torna-se imprópria, pois o direito deixa de ser líquido e certo.

Na concepção de Cássio Scarpinella Bueno[38]: "O que é fundamental para o mandado de segurança é a possibilidade de prova documental do que é alegado e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso e só nisso – reside a noção de 'direito líquido e certo'."

---

34. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso...*, ob. cit., p.163.
35. MORAES, Alexandre. *Direito...*, ob. cit., p. 166.
36. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 413.
37. ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança no Direito Tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 42.
38. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 13.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 353 5/3/2007 12:34:39

Para Celso Cardoso Filho[39]: "Direito líquido e certo, referido nas atuais legislações e que veio substituir a anterior expressão "direito certo e incontestável" é o que se apresenta existente e delimitado, pronto a ser exercido no momento da impetração. Se houver necessidade de produzir provas para reconhecimento desse direito não é ele líquido nem certo devendo, pois ser objeto de ação própria e não do instituto tratado".

Michel Temer[40] também discute a questão: "Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante hão de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito, dada por meio de decisão judicial".

Celso Ribeiro Bastos[41] enfatiza o seguinte: "O mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito. (...) Na ausência de direito líquido e certo, configura-se a hipótese de carência da ação, quer denegando o *writ*, quer extinguindo o processo sem julgamento do mérito, mas de qualquer forma sem a possibilidade de conceder a segurança. O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo do impetrante contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder pela autoridade apontada como coatora. Não se presta à defesa de direitos que demandem produção de prova, vale dizer, que não possam ser demonstrados de imediato".

Todavia, em que pese a exigência de comprovação, de pronto, do direito líquido e certo alegado pelo impetrante, o parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1533/51 fixou a possibilidade da própria autoridade coatora ou repartição pública trazer ao bojo dos autos os documentos comprobatórios que, por ventura, possuir.[42]

---

39. CARDOSO FILHO, Celso. *Alguns Aspectos Processuais do Mandado de Segurança*. Revista de Processo: 21/79. São Paulo: jan./mar. 1981. p. 84.
40. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 184.
41. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, ob. cit., p. 406. Nesse sentido os julgados: RMS – 8647/PR; fonte: DJ 21/06/2004, p. 254; data da decisão: 15/04/2004; origem: STJ; órgão julgador: 6ª Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; RMS – 19574/RJ; fonte: DJ 01/07/2005, p. 571; data da decisão: 02/06/2005; origem: STJ; órgão julgador: 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer.
42. Art. 6º. [...] Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recusa fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 (dez) dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 354 5/3/2007 12:34:39

Em derradeiro, insta salientar que o direito líquido e certo não se confunde com o mérito da ação mandamental. Isso porque aquele consiste, sim, em condição da ação de cunho processual, ou seja, uma vez comprovado pelo impetrante autoriza o questionamento do ato coator pela via especial do mandado de segurança.[43]

6. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

O art. 18 da Lei n. 1.533/51 preconiza: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias antes da ciência, pelo interessado do ato impugnado". A doutrina divide-se quanto à classificação do referido prazo.

Para Eduardo Arruda Alvim[44]: "O prazo atinge o direito de se lançar mão de uma ação específica, a ação de mandado de segurança, por isso que não há falar-se em prazo prescricional".

O mesmo entendimento é corroborado por Alexandre de Moraes[45]: "O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impregnado. Este prazo é decadencial do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado".

Hugo de Brito Machado[46] acredita que o prazo possui natureza *sui generis*, não podendo ser classificado como sendo de decadência, prescrição ou preclusão: "Em síntese, o prazo para impetração do mandado de segurança tem natureza própria, específica, tendo sido seu regime jurídico construído pela jurisprudência. Nele predominam as regras pertinentes à decadência e à preclusão".

Não obstante, atualmente, parece correto o entendimento de que escoado o prazo o indivíduo decai, efetivamente, do direito de impetrar o *writ*, mas não

43. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 14-15.
44. ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança...,* ob. cit., p. 112-113.
45. MORAES, Alexandre de. *Direito...*, ob. cit., p. 170. Em consonância preconiza Cássio Scarpinella Bueno: "Doutrina e jurisprudência não hesitam em reconhecer neste um prazo decadencial e não meramente prescricional. Trata-se de prazo cuja consumação acarreta a perda de um direito. Aqui se trata da perda do direito de impetrar o mandado de segurança. Como prazo decadencial que é, não se interrompe, não se suspende, não se prorroga. Tão logo seja deflagrado, flui sem desvios ou intervalos, até o final". (*Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 144.)
46. MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária.* 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 35.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 355 5/3/2007 12:34:39

outra ação que entenda pertinente. Em outras palavras, uma vez perdida a possibilidade de impetração, ainda há a alternativa de socorrer-se de outras ações.

O termo inicial do prazo para impetração do *mandamus* será a data da ciência do ato atacado, pelo interessado.

Tal matéria encontra-se pacificada pela jurisprudência do STF no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança tem início com a publicação do ato impugnado no Diário Oficial.[47]

6.1. A Afirmada Inconstitucionalidade do Prazo Decadencial de 120 dias

Alguns autores como Sérgio Ferraz, James Marins e Geraldo Ataliba entendem ser inconstitucional o prazo de 120 (cento e vinte) dias fixado no art. 18 da Lei n. 1.533/51. Isso porque, segundo eles, uma vez que a própria Constituição Federal não estabeleceu prazo algum, uma lei infraconstitucional não poderia fazê-lo, sob pena de se atrofiar o instituto.[48]

Além disso, para essa corrente doutrinária, o legislador ordinário não teria poderes de criar, sem supedâneo constitucional, prazos extintivos de uma garantia instituída pela Carta Magna sem qualquer submissão a termos temporais. Outrossim, a admissão do prazo consubstanciar-se-ia em total supressão desta garantia constitucional para a grande parte da população, carente de meios de acionar a Justiça imediatamente.

Pois bem: em que pesem tais argumentos, a tese não pode prosperar.

Hugo de Brito Machado[49] a considera minoritária e sem respaldo em nosso ordenamento jurídico: "Diz a Constituição que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ao estabelecer os prazos de prescrição das ações, a lei não está excluindo da apreciação do Judiciário as lesões aos direitos respectivos. Apenas está delimitando o tempo durante o qual aquela apreciação é possível. Ao fazê-lo, não poderá estabelecer prazo de tal modo exíguo que, na prática, torne impossível o exercício do direito de ação. O prazo de prescrição há de ser, assim, razoável. Assim como a lei, ao estabelecer prazos para a propositura das diversas ações, não viola o dispositivo constitucional que garante o acesso ao Judiciário, ao estabelecer o prazo de 120 (cento e vinte) dias

47. Nesse sentido: *RTJ* 110/71, *RTJ* 103/965, *RTJ* 126/945, *RTJ* 142/161.
48. Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança*..., ob. cit., p. 114-116.
49. MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança*..., ob. cit., p.37.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 356 5/3/2007 12:34:39

para a impetração de mandado de segurança também não viola o dispositivo da Constituição que garante o direito a tal impetração".

Eduardo Arruda Alvim[50] complementa: "Age o legislador ordinário dentro de sua competência, quando estabelece prazos prescricionais, ainda que isso implique que, passado o lapso prescricional, não mais se possa lançar mão do direito de ação. Igualmente, atua dentro das balizas constitucionais o legislador infraconstitucional, quando dispõe quanto ao prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança, abertas ao interessado as vias ordinárias de acesso ao Judiciário, se este deixar escoar o prazo extintivo do direito de impetrar mandado de segurança".

Lúcia Valle Figueiredo[51], na mesma medida, afirma não haver inconstitucionalidade e entende ser bastante satisfatório o lapso de 120 (cento e vinte) dias: "De outra parte, também nos insurgimos com o posicionamento doutrinário dos que afirmam que os 120 (cento e vinte) dias, fixados pela Lei 1.533/51, seria prazo inconstitucional. Não entendemos assim. Na verdade, 120 (cento e vinte) dias afigura-se-nos prazo suficiente para quem se sentir injustamente agredido, até porque basta o justo receio para a impetração.

Se não houvesse o socorro dessa via, teria o atingido outro meio, mas não mais mandado de segurança, via excepcional, remédio heróico, e como remédio heróico, como via excepcional deve ser entendido.

Se o prazo fosse *comprovadamente insatisfatório*, entendê-lo-íamos inconstitucional, porém, o prazo de 120 (cento e vinte) dias parece-nos razoável para remédio excepcional, ágil, que assim deve ser encarado.

Portanto, não vemos, enfatizando, agressão à Constituição, ao mandamento constitucional que possibilita o mandado de segurança".

Paulo Lúcio Nogueira[52] examina a questão concluindo que o prazo pode ser tido como exíguo, porém não indevido: "Pondere-se que o legislador ordinário quis fixar um prazo para que o interessado tratasse com a devida urgência de restabelecer o seu direito lesado, não podendo deixar a seu critério exclusivo o exame do tempo conveniente, incorrendo na pena de ferir direitos de terceiros. (...) O prazo decadencial fixado para impetração do mandado de segurança pode

50. ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança*..., ob. cit., p. 117-118.
51. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.
52. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela de Direitos Constitucionais: teoria, prática e jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 357 5/3/2007 12:34:40

ser considerado exíguo, mas não indevido, pois, tratando-se de remédio constitucional para fazer cessar lesão de direito líquido e certo, deve ser usado com a necessária urgência, sob pena de seu perecimento".

Ademais, "o silêncio da Constituição não pode ser entendido como a indefinição temporal quanto à possibilidade de impetração do mandado de segurança".[53]

No intuito de apaziguar a discussão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 632, reconhecendo ser constitucional o prazo previsto na Lei n. 1.533/51.[54]

7. COMPETÊNCIA

A competência para processar e julgar mandado de segurança é determinada pela hierarquia funcional da autoridade coatora.[55]

Em outras palavras, sendo a autoridade federal, o *mandamus* deverá ser impetrado junto à Justiça Federal.

O art. 2º da Lei n. 1.533/51 enuncia que será federal a autoridade coatora quando as conseqüências patrimoniais do ato impugnado devam ser suportadas pela União Federal ou por autarquia sua.[56]

Por outro lado, estando o impetrante diante de autoridade estadual, municipal ou distrital, a competência passa a ser da Justiça dos Estados (juízo da respectiva comarca ou circunscrição).

Convém ressalvar, neste momento, que se o ato impugnado tiver sido praticado por entidade privada, ou mesmo estadual, mas dentro do exercício de *delegação federal*, a competência para o julgamento do mandado será da Justiça Federal.

---

53. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 144.
54. Súmula 632. É constitucional lei que fixa prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.
55. Nesse sentido: "PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA – MANDADO DE SEGURANÇA. Irrelevante, para fixação de competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, posto que é em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o juízo a que deve ser submetida a causa. Competência da justiça comum estadual." CC – 199500435993/SC; fonte: DJ 20/10/1997, p. 52967; data da decisão: 24/09/1997; origem: STJ; órgão julgador: 3ª Seção; Rel. Min. Felix Fischer.
56. Art. 2º. Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 358 5/3/2007 12:34:40

Cabíveis neste ponto os ensinamentos de Cássio Scarpinella Bueno[57]: "Sendo o ato coator resultado de delegação de função *federal* e desempenhada por ente vinculado ou subordinado, de alguma forma, à União Federal, a competência para processamento e julgamento do mandado de segurança é da Justiça Federal. Ausentes elementos concretos da *delegação federal*, competente é a Justiça Estadual, consoante as regras locais. É essa a interpretação que mais se afina com a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal".

Vladimir Souza Carvalho[58] (2001, p. 148;149) é quem conclui com maestria: "A competência da Justiça Federal se limita ao exame do ato da autoridade federal ou equiparada. Só. Outra autoridade, não federal nem equiparada, não se subordina a sua esfera. Tanto que, em um mandado de segurança, apontando duas autoridades, uma federal, uma estadual, a competência da Justiça Federal se limita ao exame apenas do ato da autoridade federal. (...) A autoridade estadual pode se sujeitar ao crivo do mandado de segurança quando age em delegação do Poder Federal, isoladamente, ou, quando nas mesmas circunstâncias, também é apontada como coatora ao lado de autoridade federal, num litisconsórcio passivo. O mesmo ocorre com a autoridade municipal. Não existindo ato de autoridade federal, não há lugar para o mandado de segurança no juízo federal".

Outrossim, caso venha ocorrer intervenção da União, do Estado ou mesmo de suas autarquias no feito a competência se deslocará, respectivamente, para a Justiça Federal ou para a vara privativa estadual.

Resta patente, assim, que na fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado, o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional.

Ante essa circunstância (definição da competência pelo *status* funcional da autoridade coatora), indispensável o prévio exame da Constituição Federal a fim de se constatar a presença de *foro privilegiado* para o processamento do remédio constitucional.

---

57. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários...,* ob. cit., p. 36. A propósito, dispõe a Súmula 510 do STF que: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial". Nesse sentido, entendendo tratar-se de competência da Justiça Federal, os julgados: CC – 199700543080/MG; fonte: DJ 20/03/2000, p. 34; data da decisão: 13/12/1999; origem: STJ; órgão julgador: 2ª Seção; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, CC – 200300531737/GO; fonte: DJ 30/06/2003, p. 124; data da decisão: 11/06/2003; origem: STJ; órgão julgador: 1ª Seção; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, CC – 200300074246/MS; fonte: DJ 04/08/2003, p. 175; data da decisão: 25/06/2003; origem: STJ; órgão julgador: 1ª Seção; Rel. Min. Teori Albino Zavascki.
58. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal.* 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 148-149.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 359 5/3/2007 12:34:40

7.1. A Atribuição de Competência pela Constituição

Consoante mandamento constitucional insculpido no art. 102, inciso I, alínea *d*, o Supremo Tribunal Federal possui competência originária para o processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem competência originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra atos dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal. É o que prescreve o art. 105, inciso I, alínea *b* da Carta Magna.

Quanto aos Tribunais Regionais Federais, lhes foi atribuído o julgamento das ações mandamentais movidas contra atos de seus próprios membros e dos juízes federais (CF, art. 108, inciso I, alínea *c*).

Em primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal dar-se-á o processamento e julgamento de todas as ações em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (CF, art. 109, inciso I), bem como dos mandados de segurança e *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (CF, art. 109, inciso VIII).

Nesse passo, de grande valia é o pensamento de Vladimir Souza Carvalho[59]: "Nos termos do inc. VIII, do art. 109, os juízes federais julgam os mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal não subordinada a outra jurisdição, como o STF, o STJ e os tribunais federais. (...) A competência no caso se firma pelo fator da exclusão. Não estando a autoridade federal sujeita, em termos de mandado de segurança, à jurisdição do STF, ou do STJ, ou dos tribunais federais, estará, em conseqüência, subordinada à dos juízes federais. (...) A Carta da República, ao delimitar a competência dos tribunais superiores e dos tribunais federais, aponta cada uma das autoridades federais, cujos atos poderão ser atacados pela via do *writ*. Só não o faz com relação aos juízes federais que detém competência para todas as demais autoridades federais, não nominadas, que não estejam subordinadas a tribunal superior ou a tribunal federal. Aquela autoridade que, de forma expressa, não integrar a competência dos tribunais superiores e

59. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência...,* ob. cit., p. 145-146.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 360 5/3/2007 12:34:40

dos regionais federais, estará sujeita a ter os seus atos submetidos ao crivo da Justiça Federal na óptica do *mandamus*. Daí a desnecessidade de se enumerar, no texto magno, as autoridades subordinadas à Justiça Federal".

8. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei n. 1.533/51 dispõe: "Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de 5 (cinco) dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora."

Com efeito, o órgão ministerial é oficiante necessário no feito, como parte pública autônoma e deve zelar pela correta aplicação da lei (*custos legis*) e pelo trâmite regular do processo opinando pelo seu cabimento ou descabimento, pela carência e no mérito, pela concessão ou denegação da segurança.

É o que alude Luiz Pinto Ferreira[60]: "O Ministério Público, quando oficia em mandado de segurança, evidentemente não defende os interesses do coator nem do impetrado, mas a aplicação do direito e dos princípios da justiça, tem a finalidade precípua de resguardar os interesses da sociedade."

Entretanto, ressalte-se que a intervenção do órgão na ação de mandado de segurança consiste em inovação trazida pela lei em tela. José Maria Othon Sidou[61] é quem faz menção em sua obra: "Inovando o chamamento do órgão do Ministério Público para oficiar em mandado de segurança, do que não cogitavam as normas processuais antecedentes, a Lei nº 1.533, de 1.951, não teve o intuito de dar-lhe qualidade de parte da relação, porém a de *fiscal da lei*. Deste modo, se as informações do coator são essenciais, por ser imperiosa na intimação, porém são prescindíveis, porque a própria lei (art. 10) isto deixa claro com as expressões – "tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora", a oitiva do Ministério Público, por seu órgão competente, é essencial e imprescindível, porque a não dispensa a lei".

---

60. FERREIRA, Luiz Pinto. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 83. José Frederico Marques também aponta: "O Ministério Público intervém, obrigatoriamente, nos mandados de segurança (art. 10, da Lei nº 1.533/51). Sua atuação é a de "custos legis" para a defesa da ordem legal." (*In: Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2. p. 58).
61. SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 163.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 361 5/3/2007 12:34:40

Ao membro do Ministério Público, portanto, deverá ser franqueada a oportunidade de manifestar-se, sob pena de nulidade do processo com posterior anulação da sentença nos termos do artigo 84 do Código de Processo Civil.[62]

A eventual falta de intimação, todavia, poderá ser suprida pela manifestação do órgão em segunda instância.

Esse é o entendimento majoritário do STJ, bem como do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA N. 281/STF. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTREGA DOS AUTOS. FALTA DE INTIMAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. MANIFESTAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE SANADA. PRECEDENTES.
>
> 1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada" (Súmula n. 281/STF).
>
> 2. O STJ, ao interpretar a regra disposta no art. 18, inciso II, alínea "h", da Lei Complementar n. 75/93, entende que é prerrogativa do Ministério Público a intimação pessoal por meio da entrega dos autos com vista.
>
> **3. A jurisprudência do STJ firmou o posicionamento de que, se houve participação do Ministério Público no trâmite do mandado de segurança, a manifestação deste órgão em segunda instância, suprindo a falta de intimação da sentença monocrática e a ausência de prejuízo para as partes, afasta qualquer argüição de nulidade no processo.**
>
> 4. Recurso especial conhecido e não-provido. (grifo nosso)[63]

9. CONCLUSÕES

Com a constitucionalização dos Estados, surgiu a premente necessidade da criação de um sistema de proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente à máquina estatal.

---

62. "Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo". Citam-se alguns julgados a título de ilustração: ERESP – 199800654267/DF; fonte: DJ 24/11/2004, p. 227; data da decisão: 24/09/2003; origem: STJ; órgão julgador: 3ª Seção; Rel. Min. Fontes de Alencar, RESP–378867/RS; fonte: DJ 01/04/2002, p. 209; data da decisão: 05/03/2002; origem: STJ; órgão julgador: 5ª Turma; Rel. Min. Edson Vidigal, AMS – 199961000063043/SP; fonte: DJU 10/10/2003, p. 281; data da decisão: 23/09/2003; origem: TRF - 3ª Região; órgão julgador: 10ª Turma; Rel. Juiz. Castro Guerra.

63. RESP – 199800383417/SP; fonte: DJ 09/05/2005, p. 321; data da decisão: 03/02/2005; origem: STJ; órgão julgador: 2ª Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha. Igualmente nesse sentido: AGRESP – 199900306090/SP; fonte: DJ 30/06/2004, p. 282; data da decisão: 09/03/2004; origem: STJ; órgão julgador: 2ª Turma; Rel. Min. Castro Meira, AMS – 89030354176/SP; fonte: DJU 28/03/2003, p. 662; data da decisão: 16/10/2002; origem: TRF - 3ª Região; órgão julgador: 4ª Turma; Rel. Juíza Alda Basto.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 362 5/3/2007 12:34:40

Tal sistema, como se encontra atualmente traçado na Constituição de 1988, assentou inúmeras garantias protetoras daquelas prerrogativas, dentre as quais se vislumbra a figura do mandado de segurança, insculpido no art. 5º, LXIX.

Sua essência, pois, é de instrumento de proteção dos direitos do particular, vale dizer, do governado, contra o Estado; figurando, sem dúvida, no rol das grandes conquistas democráticas. Liga-se, portanto, intimamente, à idéia de Estado de Direito, de contenção do Poder Público, colocando sob suspeita os atos deste emanados.

Longo foi o caminho percorrido pela doutrina pátria, em debates acalorados, até o seu surgimento, de forma definitiva, na Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e, *a posteriori*, na Constituição Federal de 1988.

Concernente ao seu regime jurídico, trata-se de ação de cunho constitucional que tem por escopo a proteção de direito líquido e certo do impetrante, seja por violação ou ameaça de lesão decorrente de ação ou omissão de autoridade, seja de que categoria pertencer, sejam quais forem as funções que exerça. Ademais, diz-se, que seu campo é residual, haja vista que o direito líquido e certo a ser protegido pelo impetrante não poderá estar amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Desta feita, desde que o direito a ser defendido seja líquido e certo, é cabível o *mandamus* contra ato desprovido de validade jurídica, praticado por qualquer autoridade da Administração Pública.

A contextualização do que vem a ser direito líquido e certo reside no ponto central deste estar atrelado, sim, à existência, de plano, de fatos incontroversos, comprovados documentalmente pelo impetrante. Havendo necessidade de dilação probatória, ou seja, não havendo prova pré-constituída, afastada estará a via mandamental.

No tocante ao ato de autoridade para fins de impetração do remédio, englobados estão: o praticado pela autoridade pública, o executado por particular – quando exercente de função pública –, bem como o ato judicial ou administrativo, levado à cabo pelo magistrado, que venha, conseqüentemente, a ofender direito líquido e certo do impetrante. Sendo assim, integrante do pólo passivo é a pessoa jurídica de direito público a que pertencer a autoridade coatora responsável pelo ato. Impugna-se o ato de ente público efetivado pelas mãos da autoridade, a qual deverá ser notificada para prestar esclarecimentos.

A autoridade equiparada, que exerça atividade própria do Poder Público, é quem responde pelo ato contestado na ação mandamental, haja vista a Súmula 510 do STF.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 363 5/3/2007 12:34:41

Entende-se como sendo decadencial o prazo para requerer o mandado de segurança (art. 18 da Lei n. 1.533/51). Escoado tal lapso, a porta do Poder Judiciário, pela via ordinária, estaria sempre aberta ao necessitado de tutela.

Não obstante alguns doutrinadores o considerarem inconstitucional, enquanto outros pugnam pela sua constitucionalidade, o STF já tornou pacificada a celeuma por meio da Súmula 632.

A hierarquia funcional da autoridade coatora é determinante para a fixação da competência para o processamento e julgamento da ação mandamental, ressalvadas, todavia, as hipóteses de foro privilegiado estabelecidas na Constituição Federal.

Quanto ao papel assumido pelo Ministério Público em sede de mandado de segurança, vislumbra-se que sua atividade é a de *custos legis*.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança no Direito Tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOSO FILHO, CELSO. *Alguns Aspectos Processuais do Mandado de Segurança*. Revista de Processo: 21/79. São Paulo: jan./mar. 1981.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal.* 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 364 5/3/2007 12:34:41

DINIZ, José Janguiê Bezerra Diniz. *O Mandado de Segurança.* Consulex: v. 0, n. 0. Brasília: jan./dez. 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Atlas, 2005. v. 1. Parte Geral.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária.* 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* Campinas: Millennium, 2000. v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição.* São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela de Direitos Constitucionais: teoria, prática e jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 365 5/3/2007 12:34:41

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In*: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. ver. e. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao Vivo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 5.

VECHIATO JÚNIOR, Walter. *Curso de Processo Civil.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. v. 1. Processo de Conhecimento.

VELLOSO, Carlos Mário. *As Novas Garantias Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo: 177/14. Rio de Janeiro: jul./set. 1989.

WALD, Arnoldo. *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 366 5/3/2007 12:34:41

Capítulo XVI
Direito Fundamental à Processualização

*Miguel Calmon Dantas**

Sumário • 1. Introdução. 2. A Constitucionalização do Processo. 2.1. Constitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. 2.2. A Abertura do Catálogo de Direitos Fundamentais. 2.3. Constituição e Processo: Processo e Constituição. 3. Devido processo legal na Constituição Federal de 1988. 3.1. Historicidade. 3.2. Noção Constitucional. 4. Direito Fundamental à Processualização. 4.1. Fundamentação Constitucional. 4.2. Processualização ou Procedimentalização: processo ou procedimento. 4.3. Conteúdo material: abrangência e contraditório. 4.4. Fundamentação material. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo tem se revelado como uma das temáticas mais relevantes da filosofia e da teoria do direito, seja no que concerne ao plano da epistemologia, seja no que tange ao da técnica, ainda que ambos não sejam absolutamente incomunicáveis.

Uma detida análise acerca das indagações mais comuns em seu derredor indica que o estudo do processo, quanto aos seus pressupostos, legitimidade, e natureza garantista, vem progressivamente se deslocando do âmbito do direito processual, civil e penal, e migrando para o da teoria do direito e para o da filosofia, sempre sob os influxos do chamado direito processual constitucional, que resulta da extensão da normatividade constitucional ao processo e do abrigo constitucional de princípios e institutos processuais.

O relevo do processo entremostra-se, então, tanto no plano filosófico, como da teoria do direito, o que é propiciado pela sua ampla e progressiva constitucionalização, ocorrida no âmbito do neoconstitucionalismo[1], refratário do legalismo típico do positivismo jurídico.

---

* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Salvador (Unifacs). Professor de Direito Constitucional e de Direito Econômico na Universidade Salvador (Unifacs) e na Faculdade Baiana de Direito. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Salvador (Unifacs). Procurador do Estado e Advogado.

1. Entende-se por neoconstitucionalismo a etapa contemporânea da ciência do direito constitucional, marcada pela defesa da normatividade dos princípios, entendidos como instância ética ou reserva material de justiça, que se assegura por um sistema de garantias em que têm função primordial de guarda da força normativa constitucional as vias de instauração do controle de constitucionalidade.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 367 5/3/2007 12:34:41

Esse movimento encontra justificativa na percepção da relevância do processo como meio não apenas de resolução de litígios de que resulte a expropriação de bens ou o cerceamento da liberdade, mas, em verdade, como meio de realização existencial do direito e, como tal, destaca-se a sua configuração como ambiente de proteção, exercício e satisfação de direitos fundamentais.

Tais aspectos tornam patente a necessidade de apuração das reflexões sobre o processo, sob os influxos do neoconstitucionalismo e da hermenêutica filosófica, portadora de uma dimensão crítico-reflexiva, trazendo consigo a compreensão do processo como um elemento cultural de formação e conformação permanente e possibilitando o cotejo das concepções que usualmente lhe eram atribuídas e das que lhe são postas pelo texto constitucional de 1988.

De qualquer sorte, o rechaço propiciado pela hermenêutica filosófica da concepção de processo como momento apenas da aplicação do direito, pela adoção do pensamento lógico e pelo recurso ao método dedutivo, separando-o da compreensão e da interpretação, por si só, abre uma série de novas perspectivas que merecem a devida exploração, a fim de que o processo alcance a funcionalidade prática que deve decorrer de sua sede constitucional.

De tantas indagações e reflexões que lhe devem ser dirigidas, seja no âmbito da filosofia do direito, seja no da teoria do direito, seja no do direito constitucional, além dos ramos específicos que a ele já se dedicam, cumpre nesse estudo adentrar numa dimensão que resulta de uma nova compreensão do processo, portadora, de maneira ineliminável, da imbricação entre filosofia, teoria do direito e direito constitucional, e resultante, como explicitado, do neoconstitucionalismo.

A devida indagação da disciplina constitucional do processo e das suas garantias, diante do horizonte histórico-cultural em que se está situado, impõe a demarcação e defesa de um direito fundamental a processualização, ou seja, que, além de se reconhecer a sede constitucional do processo, possa lhe ser atribuído um caráter expansivo e tendencialmente difuso, de modo a atingir âmbitos onde até então não incidia, ou assegurar a sua extensão devida a campos de ainda tímida penetração.

O direito fundamental à processualização decorre da estrutura do Estado Democrático de Direito e do pluralismo que lhe é ínsito, bem como do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, concretizado parcialmente nos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, de modo a se sustentar um referencial substancial ou material, rejeitando-se as teses meramente procedimentalistas.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 368 5/3/2007 12:34:42

A referida processualização é um imperativo, ocasionando o desprendimento do processo do seu ambiente típico que é a atividade jurisdicional, estendendo-se para as demais funções do Estado e para as atividades privadas, posto que advém do associação da dimensão processual dos direitos fundamentais com o devido processo legal.

Essa extensão se dá, em parte, pela necessidade da utilização de estruturas que assegurem uma racionalidade discursiva, materialmente fundada e assentada numa concepção hermenêutico-dialógica e, de outra, por consistir numa conseqüência proveniente da irradiação dos direitos fundamentais, portadores de uma dimensão positiva de caráter processual.

Com efeito, a ação estatal deve se manifestar processualmente, o direito é produzido e compreendido/interpretado/aplicado processualmente, os direitos fundamentais são garantidos processualmente e, ainda, são passíveis de realização ou de limitação também processualmente; não obstante isso, nem sempre em tais manifestações se pode verificar, nos marcos atuais da ciência jurídica pátria, as condições caracterizadoras do processo, o que justifica sobremodo o presente estudo.

Processo distingue-se de procedimento e, embora todo o processo seja procedimento, a recíproca não tem validade, por ser aquele considerado como gênero e esse último tipo por uma espécie.

Não obstante isso, a evolução do direito, sob os influxos do neoconstitucionalismo, não se apega ou se limita em função do desenvolvimento de categorias lógicas, destituídas de caráter ontológico.

O direito fundamental à processualização resulta da necessidade real de se mitigar a incorreção da recíproca, tornando processuais os procedimentos de que se vale o Poder Público para atuar, em todas as suas manifestações relacionadas à pessoa humana e aos direitos fundamentais, porquanto respeitante ao *status processualis*.

Repise-se, ainda, que a sustentação do aludido direito fundamental à processualização não implica ignorar ou afastar a existência de um referencial substancial para o processo, o que acarreta a imprescindibilidade de acentuar a fundamentação materialmente constitucional do processo, cuja compreensão diante do novo texto constitucional insta a uma revisão dos quadrantes do princípio do devido processo legal.

Para que se logre o objetivo do presente estudo, faz-se mister adentrar na constitucionalização do direito e, especificamente, do processo, assentando a sua

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 369 5/3/2007 12:34:42

fundamentação material, ao contrário das concepções de processualidade meramente procedimental e formal.

Promove-se a aproximação da distinção específica entre processo, marcado pela participação isonômica regida por princípios e regras destinada a um ato final a que se ligam de maneira causal-conseqüêncial todos os precedentes, e procedimento; este forma, aquele forma substancializada, materialmente fundada, antropologicamente demarcada enquanto instância de realização do ser humano.

Por conseguinte, procede-se ao presente estudo a fim de afirmar a existência do direito fundamental à processualização, rejeitando-se as leituras meramente formais do processo, distinguindo-o do procedimento e questionando a pertinência da concepção relacional entre gênero e espécie, sob o influxo de uma progressiva processualização dos procedimentos, resultante da dimensão processual ineliminável dos direitos fundamentais.

Ademais, consiste numa necessidade para viabilizar que a compreensão/interpretação/aplicação do direito se efetive dialogicamente, constituindo-se não apenas como via de manifestação democrática, mas como condição de possibilidade para a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do processo, marcada não apenas pela consagração de princípios e regras gerais do processo, mas pela previsão de institutos e garantias processuais, pode ser considerada como o elemento de relevo para a formação do direito processual constitucional e, mais do que isso, para o direito fundamental à processualização, impositivo de formas processuais de ação ensejadoras do diálogo e da comunicação em decorrência da dimensão processual que portam os direitos fundamentais.

Para a sua devida compreensão, faz-se mister perscrutar a constitucionalização do direito como fenômeno típico do constitucionalismo contemporâneo, associada à expansão dos direitos fundamentais, cuja possibilidade se assenta materialmente nas cláusulas de abertura e é potencializada pela hermenêutica constitucional, de matiz filosófico.

2.1. O Constitucionalismo e a Constitucionalização do Direito

O constitucionalismo apresenta-se como um processo multifacetado em que se afirma a limitação ao exercício do poder e a consagração de direitos

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 370 5/3/2007 12:34:42

fundamentais, não podendo tal caracterização ser tida por uma definição, posto que se constitui como um movimento progressivo refratário a definições, que poderiam enclausurar a sua potencialidade garantística e libertária.

Concebe-se com András Sajó[2] que, embora não haja uma definição satisfatória de constitucionalismo, pode-se não apenas sentir, mas também perceber as suas violações, servindo o texto positivado para a identificação e extirpação dos abusos no exercício do poder, a que está sempre referido, justificando a concepção de Canotilho de que o constitucionalismo encerra uma teoria ou ideologia normativa da política[3].

O constitucionalismo[4] moderno surge com os movimentos constitucionais inglês[5], americano e francês, sendo esses dois últimos os representativos da adoção do conceito racional de constituição, sustentado por García-Pelayo como complexo normativo sistemático estabelecido totalmente e de uma única vez que disciplina exaustivamente as funções fundamentais do Estado e o regramento dos seus órgãos, com a previsão das competências e das relações recíprocas.[6]

Nesse contexto, desde então passa a ser intrínseco às constituições o caráter positivado, pois "Característico del concepto racional de constitución es considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre"[7], dando ensejo a que se cunhasse a tipologia de constituição moderna, entendida como ordenação fundamental constante de documento escrito e que consagra direitos e limita o poder do Estado[8].

---

2. SAJÓ, András. *Limiting Governmente: An Introduction to Constitucionalism.* Budapeste: Central European University, 1999, p. 9-14.
3. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 51-52.
4. Pela delimitação do tema em estudo, não se procede a uma análise da relevância do constitucionalismo antigo para o advento do constitucionalismo moderno e nem às análises dos antecedentes históricos e filosóficos de constituição, que podem ser devidamente analisados em CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Controle das Omissões do Poder Público.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-12.; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, p. 37-58; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-16.
5. Embora cronologicamente situado na Idade Média, é inspirado e, reciprocamente, inspira os ideais que marcam o movimento constitucional americano e francês, de modo a se poder afirmar que, quanto aos seus fundamentos e finalidades, também integra a modernidade constitucional.
6. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* Salamanca: Alianza, 2000, p. 34.
7. Ob. cit., p. 39.
8. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 52.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 371 5/3/2007 12:34:42

Essa fórmula foi seguida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que representa em grau máximo o intento de racionalização do exercício do poder, como percebido por Manoel Jorge e Silva Neto[9], ao expressar o conceito material de constituição em seu conhecido art. 16.

As constituições desse período do constitucionalismo, inspiradas pelo liberalismo político e filosófico, eram muito reduzidas, destinando-se a disciplinar os aspectos mais gerais e principiológicos da organização do poder do Estado.

Destinava-se, de igual modo, a meramente declarar a existência de direitos que, até então, eram apenas os de liberdade, depois chamados como de primeira dimensão, correspondentes às liberdades em si mesmas, à igualdade formal, à propriedade e à segurança, embora não se possa afirmar ter sido absolutamente inexistente qualquer preocupação social.

Essas constituições são tidas como sintéticas e expressam o caráter materialmente limitado da temática constitucional, adstrita aos quadrantes do poder político em sua mais ampla generalidade.

Com a evolução do constitucionalismo, do moderno Estado liberal burguês ao Estado social e, deste, ao Estado Democrático de Direito, operou-se uma expansão dos direitos fundamentais, que passaram a integrar-se em três ou mais dimensões.[10]

Ingo Sarlet ressalta a relevância da temática das dimensões de direitos fundamentais por propiciar a compreensão do caráter cumulativo e complementar da evolução dos direitos fundamentais, afirmando a sua unidade e indivisibilidade.[11]

Nesse contexto, o outrora Estado não-intervencionista[12] passa a ampliar o seu âmbito de atuação, premido pela consagração de direitos sociais e de normas

9. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, p. 39-40.
10. Sobre a discussão acerca da existência de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60-68.
11. Ob. cit., p. 55.
12. Não se pode afirmar que o Estado tenha sido integralmente não-intervencionista em alguma época, pois atuava subsidiariamente na em plena vigência do liberalismo, exercendo as atividades econômicas necessárias que não eram atrativas à iniciativa privada, como as de infra-estrutura. Posteriormente, seguiu-se a intervenção tópica, para corrigir as disfunções do próprio sistema capitalista, sucedendo-lhe a intervenção orientada pela defesa da concorrência e, finalmente, como forma de implementação de políticas públicas.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 372 5/3/2007 12:34:42

de planejamento e direção da política, impositivas da intervenção no domínio econômico, vindo a lume as constituições analíticas ou prolixas.[13]

Paulo Bonavides pontua as causas que justificam a prolixidade dos textos constitucionais hodiernos, identificando a preocupação de eficaz proteção de determinados institutos pelo sentimento da rigidez constituir-se num anteparo ao arbítrio, além do desejo de estabilidade da disciplina básica de algumas matérias e, finalmente, "[...] a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social."[14]

O advento deste tipo de constituição resulta da ampliação dos domínios normativos orientados e dirigidos pelo direito constitucional, que passa a consubstanciar uma efetiva constitucionalização dos ramos dos direitos, inclusive por força de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que cada vez mais se expandem.

Nesse sentido, Robert Alexy estabelece como referencial nos domínios germânicos para a expansão da matéria constitucional, ou dos conteúdos constitucionais materiais, o conhecido caso Lüth[15], do qual teria decorrido a afirmação de que o catálogo de direitos fundamentais não apenas consagra direitos de defesa, enunciando, também, um sistema de normas que se apresentam como princípios e que, como tais, vinculam a todos os poderes públicos, dando ensejo à constatação do que denominou de ubiqüidade dos direitos fundamentais[16], como se verifica do excerto abaixo, *in verbis:*

> No obstante, al convertise en principios o valores, los derechos fundamentales pueden aparecer por todas las partes, pueden ser relevantes en cualquier asunto jurídico. Esta circunstancia implica la ubicuidad de los derechos fundamentales, idea que en su esencia logra describirse mediante el concepto de expansión en 'todas las áreas del derecho'

13. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74.
14. Ob. cit., p. 74.
15. O caso Lüth envolvia um litígio entre um diretor de cinema, Veit Harlan, e o próprio Lüth, uma figura expressiva na impressa de Hamburgo. Lüth era profundo crítico das obras de Harlan, marcadas pelo anti-semitismo, dando origem a um movimento de boicote do público e das empresas cinematográficas ao filme "Amantes Imortais". O entendimento firmado pela Corte Constitucional alemã considerou que estava o jornalista no mais legítimo exercício da liberdade de expressão, que se estendia também ao direito civil, afastando a decisão das instâncias inferiores, que reputaram a sua conduta ofensiva à disciplina do Código Civil.
16. ALEXY, Robert. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 45.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 373 5/3/2007 12:34:43

Ademais, da decisão também inferiu que os direitos fundamentais, enquanto valores ou princípios, podem se apresentar em colisão, cuja solução impõe o recurso à ponderação.

Como se verifica do ambiente constitucional alemão, o direito constitucional pós-segunda guerra mundial caracteriza-se pela extensão de seu campo material, dando origem ao processo de constitucionalização do direito, perdendo o direito privado a sua posição de referencial normativo do sistema jurídico e passando, também ele, a sofrer os influxos das normas constitucionais.

Ricardo Guastini[17] sustenta a necessidade de um esclarecimento acerca da expressão 'constitucionalización del ordenamiento jurídico', recorrendo às idéias de Favoreu para entendê-la como significante de um processo de transformação do ordenamento jurídico pelo qual ele fica impregnado pelas normas constitucionais, cabendo colacionar o excerto abaixo, *in verbis:*

> Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

Como bem salientado, ainda por Guastini, há uma variação do grau de constitucionalização do direito, podendo-se afirmar a inexistência tanto de uma panconstituição, que acarrete uma totalidade diretiva do ordenamento jurídico, como de uma anomia constitucional quanto aos demais ramos do direito.

Propõe, então, sete critérios que podem permitir a aferição do grau de constitucionalização de um determinado ordenamento, sendo dois deles imprescindíveis para que exista a constitucionalização, enquanto os demais se afiguram como referenciais de verificação da intensidade da constitucionalização.

Os dois primeiros seriam uma constituição dotada de rigidez e a existência de um sistema de garantias jurisdicionais, o que denota a interação umbilical entre processo, enquanto garantia, e a ordem constitucional, como também explicita a fundamentação material do processo, olvidada ou mesmo negada pelas teorias procedimentalistas de caráter formal ou positivista, como será analisado.

Ora, tanto o processo diferenciado e reforçado de alteração do texto constitucional, como os processos que viabilizam a defesa jurisdicional da Supremacia da Constituição, indicam, de logo, que a força normativa da constituição e a

17. GUASTINI. Ricardo. Estúdios de Teoría Constitucional. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001, p. 153.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 374 5/3/2007 12:34:43

constitucionalização do direito pressupõem processos adequados aos fins a que se destinam, quais sejam, de reforço do consenso originário em proteção à irracionalidade das maiorias simples dos Parlamentos, como da garantia do império do sistema constitucional.

O relevo constitucional do processo, então, caracteriza-se desde as bases jurídicas do princípio da Supremacia da Constituição, como temática constitucional, ainda que subjacente à rigidez e à guarda da constituição.

O terceiro critério, sustentado por Guastini, é o reconhecimento da força normativa da constituição, sendo um dado mais cultural do que dogmático ou de teoria da constituição, como já se inferia da clássica lição de Konrad Hesse.

Em relação a tal critério, deve-se sustentar a vinculação da constituição como um todo, tanto dos princípios, por mais vagos e indeterminados que sejam, quanto das normas programáticas, salientando ser essencial para a constitucionalização do direito que ocorra "la difusión, en el seno de la cultura jurídica [...] de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuína, vinculante y susceptíble de producir efectos jurídicos"[18].

O quarto critério pressupõe o reconhecimento da força normativa e concerne à postura dos intérpretes diante do texto constitucional, de modo que a constitucionalização varie de intensidade em se adotando uma interpretação que, rejeitando o literalismo, extraia inúmeras normas constitucionais implícitas, ao que denomina de sobreinterpretação, não restando espaços fechados ao direito constitucional.

O quinto critério relaciona-se à aplicação direta das normas constitucionais, inclusive sobre as relações privadas, não se condicionando a um desenvolvimento legislativo posterior, cabendo-lhe, hodiernamente, modelar as relações sociais; contudo, em muito seria reduzida a intensidade da constitucionalização do direito se não se adotasse a interpretação das leis conforme a constituição, que consiste no sexto critério.

Por fim, o último critério é considerado pelo próprio Guastini como o mais dificultoso, representado pela influência da constituição sobre as relações políticas, variável de acordo com o conteúdo da constituição, com a postura dos juízes e dos órgãos de direção política.

18. Ob. cit., p. 158.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 375 5/3/2007 12:34:43

A apreciação da proposta de Guastini, muito analítica, pode ser reconduzida a apenas os três primeiros critérios, posto que da rigidez garantida pelo controle de constitucionalidade, assecuratória da força normativa da constituição, advém os demais critérios.

Não obstante o entusiasmo que pode acompanhar a expansão das matérias constitucionais, abrigando temáticas comuns a vários ramos do direito, não se pode olvidar as críticas contundentes fornecidas pelos seus adversários, segundo os quais conduziria ao Estado jurisdicional.[19]

Embora tais críticas sejam pertinentes quanto ao risco de apenas se substituir o arbítrio legislativo pelo arbítrio judicial, esta supostamente mais grave em virtude da ausência de legitimidade formal, pode-se constatar, inclusive pela evolução histórica do constitucionalismo, a maior gravidade dos riscos oriundos da adoção de constituições sintéticas, notadamente em Estados em desenvolvimento, como já advertido por Paulo Bonavides.

Cotejando-se os critérios sugeridos por Guastini com a ordem constitucional brasileira, verifica-se o pleno atendimento dos critérios dogmático-jurídicos para uma ampla constitucionalização do direito, só não estando devidamente configurados aqueles critérios que decorrem do que se poderia chamar de vontade de constituição, segundo Hesse[20], ou de sentimento constitucional, na concepção de Pablo Lucas Verdu[21].

A vontade de constituição consiste na compreensão do valor e da importância da constituição como limite ao arbítrio, na identificação de que se constitui num processo de legitimação contínuo e relativamente independente da conformidade com os fatos e, por fim, da dimensão prática da constituição enquanto resultante da ação humana e voluntária.

De outra parte, o sentimento constitucional caracteriza a percepção de que o direito não é mera aplicação artificial e artificiosa de normas, mas "luta pelo

19. ALEXY, Robert. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 50-51.
20. Em texto clássico, Konrad Hesse considera que além da congruência inteligente e racional com a natureza peculiar do presente, responsável pela demarcação do âmbito eficacial da constituição, outro pressuposto para a atuação e incidência devida da constituição, enquanto responsável pela expressão da sua força normativa, consiste na chamada vontade de constituição, eis que, embora ela própria não possa, por si só, traduzir-se em realidade, pretende fazê-lo pela imposição de tarefas. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 19-20.
21. VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
22. Ob. cit., p. 59.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 376 5/3/2007 12:34:43

Direito (Ihering), e, definitivamente, interiorização emocional do Direito próprio e alheio na própria consciência.[22]"

Nesse sentido, não se vislumbra, inclusive em sede de teoria geral do processo, a devida internalização da constitucionalização do direito, havendo uma resistência derivada da preservação dos paradigmas do modelo liberal/individualista que propiciam a permanência de uma situação de baixa constitucionalidade, como acentuado por Lenio Streck[23].

Tal circunstância exige cada vez mais o apuro de questões constitucionais que possam repercutir no rompimento dos paradigmas tradicionais do vetusto positivismo jurídico, adotando-se concepções que estejam sempre e constantemente fundadas na materialidade constitucional, inclusive no que tange ao processo, diante das potencialidades da sua constitucionalização.

De qualquer sorte, a natureza analítica da Constituição brasileira expõe a irradiação da normatividade constitucional aos quadrantes de todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, do que não resulta, como pontua Dominique Rousseau[24], uma perda de originalidade e da relativa autonomia de que dispõem, significando que a constituição porta os princípios estruturantes e diretores condicionantes da produção legislativa, da interpretação e da atividade científica que respeite a cada um dos ramos.

A constitucionalização do direito demarca o caráter fragmentário do direito constitucional, cujo núcleo duro, responsável pela caracterização da materialidade constitucional, está progressivamente permeado de normas atinentes aos vários ramos do direito.

Do quanto exposto, pode-se reputar a constitucionalização do direito como fenômeno irresistível[25], embora o prestígio constitucional das estruturas analíticas e dirigentes sofra questionamentos resultantes da crise do Estado e da efetividade das próprias constituições.[26]

---

23. STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.
24. ROUSSEAU, Dominique. *Droit du Contentieux Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Montchrestien, 2006, p. 458.
25. FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard *et alli*. *Droit Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Dalloz, 2004, p. 249.
26. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*, *In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998. No mesmo sentido, coletando os escritos sobre a temática do constitucionalismo dirigente, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *'Brancosos' e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 377 5/3/2007 12:34:43

Não obstante isso, uma das vias mais relevantes para a constitucionalização progressiva do direito é justamente o reconhecimento e a incorporação de novos direitos no texto constitucional mediante a adequada compreensão das cláusulas de abertura, que, no caso em estudo, são relevantes para a afirmação do direito fundamental à processualização.

Não poderia se deixar de analisar, ainda que de maneira mais sintética, a forma pela qual se dá uma maior interação entre constituição e processo, ocorrida a partir da constitucionalização do processo, propiciada pelas cláusulas abertas dos direitos fundamentais.

Com efeito, segundo se sustenta no presente estudo, o próprio direito fundamental à processualização resultaria de uma compreensão das cláusulas de abertura no âmbito da totalidade do sistema constitucional de direitos fundamentais, posto que, conforme uma conhecida perspectiva do círculo hermenêutico, a parte só pode ser compreendida pelo todo, e o todo impõe a compreensão da parte.

Logo, não se pode conceber o direito à processualização sem a perspectiva da interação entre a abertura constitucional a novos direitos e a relevância da constitucionalização do processo, cujo vértice axiológico é o devido processo legal.

2.2. Abertura do Catálogo de Direitos Fundamentais

O processo de constitucionalização do direito se realiza substancialmente, como já salientado, pela abertura do texto constitucional à incorporação de novos direitos que, pela fundamentalidade material, devem passar a gozar do regime jurídico próprio da fundamentalidade formal.

A proteção constitucional à pessoa humana estende-se, conseqüentemente, sobre os ramos do direito nos quais seja susceptível de encontrar-se em situação de risco grave à liberdade, dignidade ou igualdade, e que albergue a necessidade e viabilidade de tutela jurídica.

Os direitos fundamentais vão progressivamente se incorporando ao sistema constitucional, seja por via de expressa modificação textual, como se deu com a inserção do direito à moradia no art. 6º da Constituição Federal, seja por via interpretativa, notadamente diante das cláusulas de abertura, consubstanciadas no inciso LV e no §2º do art. 5º, como também no art. 7º, *caput*[27], de modo a se

27. Já existia dispositivo similar nas Constituições de 1946, em seu art. 144, e de 1967, § 35 do art. 150, mantido pelo Emendão de 1969, só que no § 36 do mesmo dispositivo; no direito constitucional estrangeiro, destaca-se a Nona Emenda americana, que se constitui na cláusula de abertura para o reconhecimento de novos direitos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 378 5/3/2007 12:34:43

poder sustentar a existência de um direito à constitucionalização dos direitos, fundamentado materialmente no princípio da dignidade da pessoa humana[28].

Giancarlo Rolla[29], analisando as cláusulas de abertura concernentes aos direitos fundamentais, assinala que representam uma base constitucional para a interpretação evolutiva, pois reputa imprescindível que a identificação de um novo direito fundamental esteja ancorado numa previsão formal da constituição, rejeitando o caráter estático do catálogo de direitos fundamentais, que deve se desenvolver em conexão com novas exigências da pessoa humana.

Entende o referido autor que as cláusulas de abertura propiciam uma justificação racional para a atividade criativa no que tange ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, permitindo "uma contínua síntese entre disposições constitucionais e valores contemporâneos: em definitivo, entre direito e história."[30]

Já Dominique Rousseau considera que o caráter jurisprudencial da Constituição francesa permite que não se tenha como cerrado o catálogo de direitos fundamentais quando da conclusão de sua redação, pois "ele pode ser enriquecido, completado ou modificado segundo a evolução das decisões do Conselho (Constitucional). A Constituição se torna, assim, um ato vivente, um ato aberto à criação contínua de direitos e liberdades[31]."

O aludido caráter jurisprudencial deve ser adequadamente compreendido, pois traz subjacente a confirmação sustentada pela hermenêutica filosófica da incindibilidade entre o compreender/interpretar/aplicar[32], que se manifesta quando do cotejo entre o texto e a realidade concreta, quando do encontro do horizonte histórico do texto com o do intérprete, caracterizador do círculo hermenêutico que, então, se realiza processualmente pela dimensão dialógica, como será acentuado adiante.

---

28 CALMON DANTAS, Miguel. Direito à Constitucionalização dos Direitos. *In* LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos Constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 270-317. Ressalte-se que "Os direitos fundamentais, por conseguinte, não podem estar engessados pela historicidade que é própria da promulgação da constituição enquanto texto, pelo caráter contínuo de compreensão e formação das normas constitucionais, a partir da concepção aqui exposta, pois o texto integraria apenas o primeiro momento de sua concretização parcial."

29. ROLLA, Giancarlo. *La Tutela Costituzionale dei Diritti*. Milão: Giuffrè, 2005, v. III, p. 15-18.

30. Ob. cit., p. 17.

31. ROUSSEAU, Dominique. *Droit du Contentieux Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Montchrestien, 2006, p. 409.

32. Nesse sentido, assevera Gadamer que "Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. (...) a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação." GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 460.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 379 5/3/2007 12:34:44

Há apenas o reparo de que, a despeito de ter uma função primordial no desenvolvimento da normatividade do sistema constitucional, não apenas os tribunais, mas todos os membros da comunidade política e os órgãos que compõem o aparelho institucional do Estado são potenciais atualizadores do sentido constitucional, não estando a dimensão criativa monopolizada pelo juiz.

Nesse sentido, Häberle recorre ao pluralismo e à abertura da interpretação constitucional como elementos próprios da democracia constitucional, dando ensejo à percepção de que todos os órgãos públicos e todos os membros da comunidade são atores constitucionais, pois na medida em que compõem parte da realidade constitucional e da publicidade, seriam partícipes na interpretação da realidade e da publicidade constitucional; concepção contrária representaria um empobrecimento ou um auto-engano[33].

Em outra perspectiva, também Friedrich Müller[34] ressalta que todos os órgãos públicos, em suas respectivas funções de legislar, governar e julgar, exercem a atualização e concretização da Constituição, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis:*

> A tarefa conferida à prática do direito constitucional consiste na concretização da Constituição através do estabelecimento de textos de normas e da atualização de normas jurídicas pela ação legislativa, administrativa e governamental; [...] através de atividade jurisdicional, atividade de controle em primeiro lugar, mas atividade cuja natureza é, ao mesmo, tempo, de determinar os seus conteúdos dentro dos limites oriundos das margens de apreciação postas pelas normas.

Por conseguinte, todos os membros da comunidade são responsáveis pelo atuar e atualizar do texto constitucional, estando inseridos numa cultura em que se dá a compreensão/interpretação/aplicação numa relação intersubjetiva de algo que, enquanto texto portador de um horizonte histórico, interpela o intérprete diante dos casos concretos, tornando possível a percepção de sua potencialidade.

Como concluído em outra oportunidade, infere-se a existência de um direito à constitucionalização de direitos, caracterizado pela pretensão de que determinado direito, considerado apenas materialmente constitucional, seja re-

33. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 34.
34. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 165.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 380 5/3/2007 12:34:44

conhecido como formalmente constitucional, a partir de circunstâncias fáticas que possibilitem a recepção formal[35].

Ingo Sarlet[36], ao tratar do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, sustenta um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, o que implica o reconhecimento de que a sua evolução se manifesta de forma relativamente independente do Poder Constituinte, encontrando fundamento na concepção axiológica dominante.

Assim, distingue entre os direitos materialmente fundamentais e os direitos formal e materialmente fundamentais, discutindo ainda a possibilidade de direitos apenas formalmente fundamentais, sendo aqueles primeiros os que não encontram assento expresso no texto constitucional.

Ora, no âmbito da ordem constitucional pátria, não se pode olvidar que as cláusulas de abertura, em associação com o princípio da dignidade da pessoa humana, permitem a integração de lacunas concernentes a situações em que haja necessidade de proteção e tutela de bens e valores que se entremostrem, com a evolução social e a sua progressiva complexidade, imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade, o que se reforça pelo caráter indivisível dos direitos fundamentais.[37]

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Ferrajoli[38] assevera que a expansão dos direitos fundamentais está na lógica própria do constitucionalismo, salientando que a sua dimensão histórica comporta uma progressiva ampliação da esfera dos direitos, o que deve se entender como não estando condicionada à expressa alteração do texto constitucional.

Evidenciam-se, em tal contexto, os fundamentos para a afirmação de um direito fundamental à processualização, em especial em decorrência do dimensão processual dos direitos fundamentais, reforçada pela indivisibilidade, conducente a demarcar o processo não apenas como veículo garantista e de defesa, mas

35. CALMON DANTAS, Miguel. Direito à Constitucionalização dos Direitos. *In* LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos Constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 315.
36. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94-96.
37. CALMON DANTAS, Miguel. *Direito à Constitucionalização dos Direitos*. *In* LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos Constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 307-308.
38. FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y l a Filosofia del Derecho.* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2001, p. 178.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 381 5/3/2007 12:34:44

também como de realização e concretização dos direitos fundamentais, portador de um ineliminável caráter emancipatório.

Para adentrar nos fundamentos que conduzem à existência do direito fundamental à processualização, com a substituição dos procedimentos pelo processo devido e pela ampliação da sua abrangência, é indispensável a verificação específica da constitucionalização do processo que, como será explicitado, obriga a uma revisão da compostura tradicionalmente conferida ao princípio do devido processo legal.

2.3. Constituição e Processo: Processo e Constituição

Se já restou configurada a existência das condições que são próprias a uma constitucionalização dos ramos do direito, não seria o direito processual, ou o processo, refratário a essa eficácia irradiante das normas constitucionais.

De logo, saliente-se que a constitucionalização do processo, viabilizada por uma leitura aberta e mais emancipatória do devido processo legal, expressa o seu desprendimento do âmbito da atividade jurisdicional e o alinha como categoria geral do direito; observe-se que não se está a afirmar que o estatuto científico do processo foi alterado apenas por força da sua constitucionalização, mas o reconhecimento do processo como categoria ou instituto geral do direito, a ensejar o deslocamento de determinadas indagações para a teoria do direito, de matiz crítico-reflexiva, é reforçado.

No âmbito doutrinário, o entusiasmo ocasionado por esse revigoramento dos estudos do processo pela sua interação com a ordem constitucional é destacado por Willis Santiago Guerra Filho[39], ao defender um duplo movimento, de sentidos opostos, consubstanciado na constitucionalização do processo e na processualização da constituição.[40]

---

39. "O final dos anos 1960 e o princípio da década de 1970 marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos de direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de 'direito constitucional aplicado', como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã". Em seguida, salienta o aludido doutrinador que "Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o procsso, ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 79-80.
40. Ob. cit, p. 78.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 382 5/3/2007 12:34:44

Entretanto, a despeito de se reconhecer que o direito fundamental à processualização também advém da compreensão da constituição como um processo[41], não se admite que o seja sob a inspiração dos paradigmas procedimentalistas, ainda que de diferentes matizes, à moda de Luhmann[42] e John Hart Ely[43], ou, segundo concepções que relativamente admitem o discurso racional de cunho moral, como as de Habermas[44] e Alexy[45], mas sob a inspiração da hermenêutica filosófica[46].

Tais considerações são de suma importância para o objeto do presente estudo, consistente na defesa da existência de um direito fundamental à processualização, cujo conteúdo material é genericamente integrado pela pretensão subjetiva de exigir a adoção de processos públicos e abertos que se desenvolvam pela participação isonômica daquele que se apresenta em situação de sujeição à decisão final[47], independentemente da existência ou não de lide, como será adiante explicitado.

Enquanto direito fundamental[48], apresenta-se, também, como portador de uma eficácia objetiva que vincula a ação estatal a adequar-se a aludido paradigma, de cunho garantista e democrático.

Registre-se, de pronto, que, ao se reconhecer o direito fundamental à processualização como decorrente da dimensão processual dos direitos fundamentais, as aludidas eficácias subjetivas e objetivas se reconduzem ao *status processualis*, a ser oportunamente desenvolvido.

---

41. ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil.* Madri: Trotta, 1994. Também, sobre a mesma temática e defendendo o caráter processual da constituição, só que, nessa oportunidade, porque entendida como um programa de ação, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 17.
42. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
43. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002.
44. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.
45. ALEXY, Robert. *ElConcepto y la Validez delDerecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994. Alexy, todavia, assenta a sua concepção numa fundamentação relativamente material, como será visto oportunamente.
46. A despeito de se situarem em dimensões diferenciadas, o procedimentalismo enquanto fundamentação epistemológica do direito, e a caracterização do processo como técnica se inter-relacionam, posto que a técnica expressa o resultado de uma opção epistemológica explícita ou subjacente.
47. Nesse sentido, infere-se a adoção da concepção de processo adotada por Elio Fazzalari. FAZZALARI, Elio. *Processo e procedimento (teoria geneale)*. Enciclopédia del Diritto, v. XXXV, 1969, p. 819-836. Também nesse sentido, FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006. No Brasil, adotando tal concepção de processo, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 124-135.
48. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de Direitos Fundamemtais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 72-73.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 383 5/3/2007 12:34:45

A força normativa ínsita ao direito espraia o imperativo constitucional para além da concepção tradicional de processo como garantia, de relevo por si só suficiente, e, em associação com a hermenêutica constitucional, caracteriza-o como sede de concretização do direito, ou seja, como âmbito existencial do direito, no qual ele vem a ser.

A Constituição, entendida como processo público, em consonância com a concepção de Häberle acima indicada, de que participam os membros da sociedade, transmite esse caráter aos direitos fundamentais, que apresentam, por conseguinte, a dimensão processual acima referida.

A interação aludida entre processo e constituição evidencia e, ao mesmo tempo, resulta, da ampla disciplina constitucional do processo, notadamente na Constituição brasileira de 1988, externando a caracterização da maioria dos critérios acima aludidos e desenvolvidos por Ricardo Guastini, do que advém o acerto de Baracho, para quem "A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo."[49]

A constitucionalização do processo se opera pelo reconhecimento do caráter garantista e existencial do direito através do processo, dotado de uma dimensão emancipatória e democrática de afirmação da autonomia individual, o que rechaça, de logo, as referidas concepções estritamente formais ou positivistas, ou mesmo de cunho discursivo.

Não se afigura pertinente, contudo, que da constitucionalização do processo possa advir a dicotomia do direito constitucional processual e do direito processual constitucional[50], justamente em virtude da compreensão ampla do processo em sede constitucional, como registram Guerra Filho[51], José Albuquerque da Rocha[52] e Francisco Gérson Marques de Lima[53].

Enquanto Willis Santiago Guerra Filho filia-se ao direito processual constitucional, juntamente com Francisco Gerson de Lima Marques, Rocha considera preferível a denominação direito constitucional processual, pois não se poderia

49. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.
50. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 28, em que ressalta a necessidade de indagações próprias à Teoria Geral do Processo.
51. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 7-8.
52. ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50-51.
53. Lima, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 384 5/3/2007 12:34:45

sustentar um direito processual constitucional porque todas as normas que estão na Constituição, embora possam tematicamente ser referidas a vários ramos do direito, são constitucionais.[54]

Ainda que as questões terminológicas não sejam decisivas para a identificação de um determinado instituto, não se verifica respaldo para a distinção referida, afigurando-se, todavia, mais pertinente a expressão direito processual constitucional em virtude do conteúdo processual da Constituição, da visão processual dos direitos e garantias fundamentais e da jurisdição constitucional.

Isso, entretanto, não prejudica a compreensão de que o direito processual constitucional seja eminentemente constitucional, e, ao mesmo tempo, abrigue os fundamentos da estrutura constitucional do processo, numa concepção ampliativa de processo, desapegada da atividade jurisdicional, bem como os processos de defesa da constituição e de garantia e proteção dos direitos fundamentais.

Observe-se que outros autores, a despeito de reconhecerem a existência de um direito processual constitucional, o concebem numa perspectiva redutora, pois respeitante apenas ao seu aspecto garantista enquanto relacionado às vias de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e do império da constituição, como se dá com Osvaldo Alfredo Gozaíni ao expressar que "La ciência procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre proceso y la Constitución; vale decir, como se aplican las garantias judiciales de la Norma Fundamental en los procesos entre partes."[55]

Já Baracho[56], ao afirmar que direito processual constitucional se compõe da tutela constitucional dos princípios e institutos fundamentais da jurisdição e do processo e, também, da jurisdição constitucional, destacando o processo como via de tutela da Supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, identifica o processo constitucional com a atividade jurisdicional e com a jurisdição constitucional[57], ressaltando que o processo constitucional se configura como metodologia de garantia dos direitos fundamentais[58].

---

54. Não obstante isso, admite a utilização da expressão direito processual constitucional para as normas que regulam os processos constitucionais. ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.
55. GOZAÍNI, Osvado Alfredo. *Introdución al Derecho Procesal Constitucional.* Santa-Fé: Rubinzal-Culzone, 2006, p. 9.
56. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125-126.
57. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Hozironte: Fórum, 2006, p. 45.
58. Ob. Cit., p. 47.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 385 5/3/2007 12:34:45

Em verdade, também o aludido doutrinador restringe a análise do processo como instituto mais relacionado à função jurisdicional, o que não se coaduna com a perspectiva ampliativa que lhe é imposta em razão do direito à processualização, posto que, como será explicitado, também em outras funções do Estado devem-se apresentar as formas que assegurem uma atuação processual, além de estender-se, igualmente, para determinados âmbitos das relações sociais privadas.

Essa caracterização restrita do processo numa perspectiva constitucional é explicada pela esclarecedora percepção de Fazzalari de que o processo jurisdicional é o processo por antonomásia[59], sendo considerado como a seqüência de atividades pelas quais se realiza a jurisdição.

Embora admita que o processo jurisdicional é a mais importante manifestação do processo, e o mais adequadamente regulado, adverte que não se pode reduzi-lo a tal limitação ou identificação.

Nesse sentido, cumpre afastar o reducionismo de assimilar o processo aos meios de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, mediante os remédios constitucionais, da ordem constitucional objetiva, pelas vias de controle jurisdicional de constitucionalidade, como também de demarcá-lo no âmbito das garantias constitucionais, usualmente relacionadas apenas ao âmbito jurisdicional.

Em verdade, a compreensão constitucionalmente adequada do processo impõe uma amplitude muito maior, constituindo-se como via não apenas de garantia repressiva, mas de realização e concretização dos direitos fundamentais, portadores de um *status procesualis,* como sustentado inauguralmente por Peter Häberle[60].

Esse progressivo desprendimento entre processo e jurisdição[61] foi impulsionado justamente pela sua constitucionalização, com reconhecimento de novos direitos e garantias respeitantes ao processo, como também pela ampliação do conteúdo material da constituição, sob a inspiração do neoconstitucionalismo, embora ainda encontre resistências doutrinárias pontuais, como a ferroz crítica de Bernard Beignier[62]

---

59. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1069.
60. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 193-194.
61. Sem que importe, de forma alguma, na mitigação da relevância da jurisdição, em especial da jurisdição constitucional, sem a qual não se poderia sequer falar de constituição, posto lhe sr intrínseca a força normativa que é assegurada pelos meios de controle de constitucionalidade.
62. BEIGNIER, Bernard. *Droits Fondamentaux et règles principales du procès civil.* 3. ed. Paris: Montchrestien, 2000, p. 3-20.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 386 5/3/2007 12:34:45

O aludido doutrinador[63], a partir de uma concepção que nega a possibilidade de existência de uma teoria geral do processo, por rejeitar a relação entre processo civil, processo penal e contencioso administrativo, rechaça a existência de um direito processual constitucional, que seria o aspecto procedimental da vasta constitucionalização de todo o direito[64].

Criticando as decisões do Conselho Constitucional que a respaldam, considera que seria um mito a suposta constitucionalização do processo civil, reputando-a minoritária na doutrina francesa, aduzindo como obstáculos três fatores, quais sejam: a) a organização da magistratura e da função jurisdicional, disciplinada pela constituição, não se confunde com o processo civil; b) as normas infraconstitucionais de processo civil não são veiculadas por lei, mas por regulamentos, impedindo o controle do Conselho Constitucional, c) afirmando, conseqüentemente, que jamais houve a censura de uma regra de processo civil quando cotejada com a Constituição francesa.

A mencionada crítica só pode ser devidamente apreendida a partir das razões que expõe ao criticar o que denomina de neoconstitucionalismo[65], concebido de uma maneira substancialmente distinta da que subjaz ao presente estudo, recorrendo ao jusnaturalismo que estaria acima da ordem constitucional, que não poderia fundamentar o direito posto porque o direito não pode fundamentar a si próprio.

A despeito da insurgência doutrinária parecer parcialmente justificada no âmbito do constitucionalismo francês, notadamente por força do afirmado caráter regulamentar do direito processual civil, verifica-se que não tem fundamento a rejeição à constitucionalização do direito, afastada por uma concepção jusnaturalista que fica ultrapassada pela compreensão de que a constituição encerra uma fundamentalidade axiológica e opera com uma reserva material de justiça, também estendida ao plano do processo, inclusive do processo civil.

De qualquer sorte, ao prevalecerem as condições delineadas por Beignier, pode-se apenas afirmar a existência de uma mais mitigada constitucionalização do direito em França, o que se explica pelo culto à lei derivada da interpretação

63. BEIGNIER, Bernard. *Procédure Civile et Droit Constitutionnel*. In DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien *et* MOLFESSIS, Nicolas. *La Legitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel.* Paris: Econômica, 1999, p. 153-154.
64. Ob. cit, p. 3.
65. "[...] a regra inferior não encontra legitimidade senão pela conformidade com a regra superior [...]". Ob. cit, p. 16.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 387 5/3/2007 12:34:45

das doutrinas de Montesquieu, Rousseau e do Abade Sièyes, associada ao racionalismo iluminista, que culminaram com o mito do legislador racional.

De outra parte, não se pode refutar a unidade temática do processo enquanto encontrar expressão no exercício das funções do Estado, submetendo-se a uma unidade axiológica derivada da incidência do devido processo legal.

Procedendo-se a uma aferição da constitucionalização do processo segundo a ordem constitucional pátria, ao contrário, percebe-se uma efetiva disciplina constitucional do processo, que precisa ser estudada de maneira desapegada da atividade jurisdicional para que possa revelar toda a sua potencialidade emancipatória e garantista.

Ressalte-se que, ao se sustentar a existência da constitucionalização do processo, não se está reconduzindo a sua configuração apenas à previsão explícita em texto constitucional de garantias ou princípios tópicos de processo.

Com efeito, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico se opera não pela mera previsão de institutos dos outros ramos do direito pela Constituição, mas quando, além disso, traça um regime constitucional estruturante.

Nesse sentido, a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo[66]; ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e algumas garantias processuais de forma tópica e enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional – ainda que não seja, evidentemente, exauritente ou mesmo minudente –, vinculante para os órgãos de soberania no exercício, também processual, das suas funções e competências constitucionais.

Com a assertiva de Marcelo Cattoni[67], aderindo à concepção de Fazzalari[68] de que o processo legislativo, jurisdicional e administrativo se caracterizam como procedimentos realizados em contraditório, sendo a própria dinâmica do

66. Apenas a título de ilustração, atente-se que a propriedade já constava da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporando-se às constituições do período liberal; todavia, não se podia considerar que havia uma constitucionalização do direito de propriedade, posto que sua disciplina era integralmente processual na medida em que a mera indicação tópica não tinha o condão de constranger ou limitar a liberdade do legislador ao conformar as regras atinentes à propriedade, o que só veio a ocorrer com o Estado Social, quando a propriedade passou a gozar de uma disciplina constitucional como instituto da ordem econômica.
67. CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141.
68. Ao registrar que a difusão da adoção das formas processuais só deve acentuar-se. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1071.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 388 5/3/2007 12:34:46

direito, não se pode negar a existência, pelo sistema constitucional pátrio, de um regime constitucional do processo que, em divergência ao sustentado por aquele autor, não se destina apenas a propiciar a racionalidade discursiva, exigindo uma adequação conteudística do provimento final aos valores constitucionalmente consagrados, evitando-se que a sua normatividade seja diluída por uma exaltação do consenso democrático.

De qualquer sorte, Cattoni[69] está com razão ao considerar que, de certa forma, não há direito processual que não deve ser constitucional, pois, enquanto fundamento de validade da ordem jurídica, a constituição estabelece os processos de produção de normas, seja de natureza legislativa, seja jurisdicional, aduzindo que a Constituição brasileira estabelece "um verdadeiro 'modelo constitucional do processo', estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade", ou da própria descaracterização do processo.

Observe-se que, malgrado se deva adotar uma concepção de processo que o desvincule da função jurisdicional, não se pode negar que o processo jurisdicional apresenta-se como "a estrutura mais completa para que sejam reunidos e ordenados coerentemente os vários aspectos que envolvem a manifestação dessa atividade fundamental do poder"[70], fornecendo elementos imprescindíveis para indicar a necessária adaptação do processo em sua manifestação difusa nas demais funções estatais e na atividade privada, não apenas como garantia, mas como forma de efetivação e concretização dos direitos fundamentais e, em sentido mais amplo, como expressão do próprio vir-a-ser do direito, que só se realiza processualmente em virtude da estrutura dialógica que comporta.

Logo, diante da existência de uma disciplina constitucional do processo, a sua devida compreensão, a partir do respectivo regime constitucional e da interação com o sistema de direitos fundamentais, dá ensejo à constatação de que o processo deve se estender além do âmbito típico da atividade jurisdicional, potencializando o seu caráter garantista e emancipatório, o que justifica a afirmação do direito fundamental à processualização.

Devidamente assentada a constitucionalização do processo, fundamento para o reconhecimento do direito fundamental à processualização, torna-se necessária uma análise do princípio do devido processo legal, a fim de se empreender

69. CATTONI, Marcelo.*Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.
70. Como salienta GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 116.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 389 5/3/2007 12:34:46

uma compreensão constitucionalmente adequada diante da abertura de sentido propiciada pelo texto constitucional de 1988.

Ora, se o processo apresenta uma estruturação constitucional e se há a sustentação da recepção formal de um novo direito consubstanciado na processualização, tanto da ação pública, em sentido mais amplo, como da atuação dos agentes privados, não se pode desconsiderar a função e a relevância do princípio do devido processo legal, verdadeiro vértice axiológico do processo.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio do devido processo legal possui uma relevância substancial no presente estudo, posto que ele confere um ineliminável conteúdo axiológico ao próprio conceito de processo, entendido numa compreensão histórica própria da dimensão cultural que possui, compondo-se pela associação entre procedimento e participação isonômica[71].

Assim, processo, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, só pode ser processo se for devido, se for justo, o que pressupõe que sejam asseguradas formas de participação dos interessados, com a possibilidade da sua manifestação com capacidade de influenciar na prática do ato final.

Justamente proveniente do devido processo legal, em compreensão sistemática com o sistema constitucional de direitos fundamentais e com as cláusulas de abertura, é o direito fundamental à processualzação, cuja afirmação exige uma releitura do aludido princípio constitucional sob a ótica dos novos paradigmas da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo.

Para tanto, faz-se mister adentrar, ainda que sucintamente, na historicidade do princípio, tanto no direito estrangeiro como no constitucionalismo brasileiro, a fim de estabelecer as condições propícias ao distanciamento histórico que permite a instância crítica que deve permear a ciência do direito[72].

---

71. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 35.
72. Gadamer ressalta que apenas o distanciamento histórico pode propiciar a verificação entre preconceitos produtivos e os inautênticos, que prejudicam a compreensão, o que é particularmente difícil em razão do pertencimento e da familiaridade que a tradição possui para todos, que estão nela envolvidos, esclarecendo que a tarefa da hermenêutica consiste em estabelecer as condições pelas quais se realiza a compreensão, o que não afasta a dimensão crítica. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método.* São Paulo: Vozes, 1999, p. 442-443.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 390 5/3/2007 12:34:46

O neoconstitucionalismo exige uma compreensão dos direitos e garantias constitucionais que seja o mais garantista possível, com caráter protetivo e emancipatório, assegurando a realização progressiva e contínua da dignidade da pessoa humana e impondo, no que concerne ao objeto do presente estudo, uma ultrapassagem do entendimento de processo restrito à atividade jurisdicional, bem como o reconhecimento do direito fundamental à processualização a partir do devido processo legal, diante do contexto atual e das exigências garantistas que ele encerra.

Ademais, a compreensão do processo como ambiente que propicia a realização do direito obriga à adoção de técnicas que sejam compatíveis com a necessária estrutura dialógica que deve comportar.

Nesse sentido, Gadamer[73] ressalta que "O verdadeiro sentido de um texto [...] está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário", o que vai orientar a compreensão do devido processo legal a partir do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Procede-se, então, à análise da tradição histórica que subjaz sobredito dispositivo constitucional, ainda que sintética, pelas limitações pertinentes ao presente estudo, visando a colocar em suspensão os preconceitos que lhe acompanham.

3.1. Historicidade

Como sói ocorrer com as garantias que preservam as liberdades em face do Poder Público, o princípio do devido processo legal surge com o constitucionalismo, tendo o seu antecedente mais remoto no item 37 da Magna Carta do Rei João Sem Terra, que segue abaixo transcrito, *in verbis*:

> Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma; ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país.[74]

A partir daí, vislumbra-se que o devido processo legal surge trazendo consigo, inicialmente, apenas o caráter de proteção contra o arbítrio do Estado, passível de manifestação no exercício da jurisdição, apresentando feição meramente

73. Ob. cit., p. 443.
74. VÉLEZ, Maria Isabel Alvarez*; et* YUSTAS, Mª Francisla Alcón. *Las Constituciones de Los Quince Estados de Lla Unión Europea.* Madri: Dykinson, 1996, p. 588.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 391 5/3/2007 12:34:46

adjetiva ou procedimental, como registra, dentre outros, Carlos Roberto Siqueira Castro[75] ao sustentar que "concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública."

Após a consagração na Magna Carta inglesa, o princípio do devido processo legal foi incorporado ao constitucionalismo americano mediante previsão na Quinta e na Décima-Quarta Emendas, onde ultrapassou a significação processual, embora com alguma resistência doutrinária existente até os dias atuais.

Assinala Laurence Tribe que o principal obstáculo ao reconhecimento do devido processo legal substancial seria o próprio texto da Décima-Quarta emenda, indicativo de que a garantia se refere à proibição de que alguém seja privado da vida, liberdade ou bens sem um justo procedimento em que seja ouvido por um terceiro imparcial[76].

Entretanto, salienta o constitucionalista americano, recorrendo ao horizonte histórico proveniente do texto constitucional americano, que a expressão que se segue a *due process* é *of law* e que o sentido de *of law* era substancial, como reconhecido desde 1791, quando houve a sua integração pela Quinta Emenda, importando numa limitação ao exercício da função legislativa que se orientasse a restringir direitos e liberdades fundamentais[77].

Com a evolução jurisprudencial conduzida pela Suprema Corte, houve o reforço da sua significação substantiva, viabilizada pelo caráter sintético e jurisprudencial da Constituição americana.

Assim, o princípio do devido processo legal encerra uma dupla dimensão, abrangendo o devido processo legal em si mesmo, ou procedimental, e o substantivo devido processo legal, ou devido processo legal substancial.

---

75. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípos da Razoabilidade e da Proporcionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29.
76. No que se infere a correlação da concepção de processo de Fazzalari, já aludida como sendo procedimento que se desenvolve em contraditório, e o conteúdo material do princípio do devido processo legal, segundo evolução constitucional americana. TRIBE, Laurence. *American Constitucional Law.* 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, v. I, p. 1332-1333.
77. "It should be remembered, however, that the phrase that follows 'due process' is 'of law', and there is reasonable historical argument that, by 1.868, a recognized meaning of the qualifying phrase 'of law' was substantive. It has been argued that, even 1.791 (when Due Process Clause of the Fifth Amendment was ratified), due process was widely understood to have substantive content. By 1855, in any event, the Supreme Court was treating as implict in the Due Process Clause of the Fifth Amendment the requirement that, to qualify as 'law', an enactment would have to meet substantive requirements of rationality, non-opressiveness and even-handedness". Ob. cit., p. 1333.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 392 5/3/2007 12:34:46

No âmbito do constitucionalismo brasileiro, o devido processo legal foi incorporado formalmente ao texto constitucional apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, havendo, anteriormente, a consagração de outras garantias processuais, a partir das quais se reconhecia, mesmo indireta e implicitamente, que estaria preservado o devido processo legal, na exata medida em que se asseguravam as garantias processuais que lhe dão compostura, como a previsão da ampla defesa e do contraditório.

Da mesma forma, a jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, na pena do Ministro Castro Nunes, de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, e a doutrina, representada por Humberto Theodoro Júnior, Frederico Marques, Sampaio Dórea e Ada Pellegrini Grinover, já sustentavam a existência do princípio do devido processo legal, conforme anota Maria Rosynete Oliveira Lima[78], em especial pelos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1967 no art. 153, §§12 a 16 e, mais especialmente, no §36, que mantinha a cláusula de abertura[79], consistente numa tradição do constitucionalismo pátrio, à semelhança da Nona Emenda da Constituição americana, como já exposto.

Constituição Federal de 1988 integrou formalmente ao seu texto o princípio do devido processo legal, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal[80], que segue abaixo transcrito, *in verbis*:

> Art. 5º. [....].
>
> .....
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A consagração explícita no texto constitucional, associada ao advento do restabelecimento do regime democrático e dos direitos fundamentais, com a adoção do modelo dirigente de constituição em pleno neoconstitucionalismo – cujas potencialidades são destacadas pelas contribuições da hermenêutica filosófica e a rejeição do positivismo jurídico –, abre um novo horizonte interpretativo, trazendo a fala o princípio do devido processo legal, que interpela os intérpretes acerca da sua abrangência e conteúdo material, dentre outras questões, que se distanciam do objeto do presente estudo.

---

78. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 172.
79. A confirmar a potencialidade das cláusulas de abertura ao catálogo de direitos fundamentais
80. Acerca dos debates sobre a inclusão no texto constitucional do devido processo legal, a referência de CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 400-401.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 393 5/3/2007 12:34:46

Pode-se identificar, entretanto, que, em sede doutrinária, a potencialidade protetiva e garantista do devido processo legal substancial acabou por obscurecer ou obnubilar o devido processo legal procedimental, cujos estudos se realizam mais pela análise das várias garantias constitucionais que o asseguram, não se procedendo a uma investigação acerca do conteúdo material no âmbito do processo que seja proveniente do devido processo legal.

Esse conteúdo material encerra, justamente, o direito fundamental à processualização, tornando impositiva a substituição dos modelos e formais procedimentais pelas de caráter processual, como será adiante exposto.

3.2. Noção Constitucional

De logo, importa ressaltar que, malgrado a apreciação da historicidade do princípio em questão tenha ensejado a identificação das dimensões formal (ou procedimental) e substantiva do devido processo legal, a esta não se dedicará o presente estudo, posto que a fundamentação para a afirmação do direito fundamental à processualização advém da sua feição processual, no âmbito da sistemática dos direitos fundamentais e da sua abertura a novos direitos.

O devido processo legal consubstancia-se numa garantia que visa a conferir ao processo um desenvolvimento regular, participativo, isonômico e, como tal emancipatório, que se afiguram como elementos necessários à imposição do ato final sobre aqueles que dele participem, rechaçando toda e qualquer arbitrariedade.

Essa noção inicial do conteúdo material do devido processo legal conduz à conclusão que, nos quadrantes do Estado Democrático de Direito, apenas se admite o processo que seguir as fórmulas legais para o seu justo desenvolvimento; entretanto, tal circunstância não implica numa maior amplitude da liberdade de conformação do legislador para regular o processo, haja vista que o devido processo legal, antes de ser legal em sentido estrito, deve ser constitucional, ou seja compatível com a ordem constitucional.

A compatibilidade com a ordem constitucional se impõe no aspecto formal ou procedimental, exigindo a adoção de formas e técnicas que componham procedimentos idôneos a ensejar a participação isonômica dos interessados no provimento final, como também em sua dimensão material, como não poderia deixar de ser, na medida em que as fórmulas processuais, além de viabilizar a atividade dialógica dos envolvidos, devem ser orientadas pela adequação à garantia e à realização dos direitos fundamentais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 394 5/3/2007 12:34:47

Nesse passo, cumpre antecipar que justamente a partir da necessidade de compatibilidade material é que se infere a existência de fundamentação material entre o processo e a ordem constitucional, posto que a atividade processual, por estar relacionada ao *status processualis* intrínseco a todos os direitos fundamentais apenas se legitima se materialmente fundada.

O legislador não detém competência de livremente disciplinar as formas, procedimentos, ônus e faculdades processuais da maneira que reputar mais conveniente e oportuna, pois uma tamanha amplitude contraria o sentido valorativo e garantista do devido processo legal, que se opõe não apenas ao juiz, mas também ao legislador, vinculado-o a utilizar-se de técnicas processuais e a instituir procedimentos adequados a viabilizar a prática justa, regular, dialógica do ato final, como salienta com percuciência Francisco Gérson Marques de Lima[81], *in verbis*:

> Quanto se fala em processo devido ou processo adequado, necessariamente vem à tona a discussão sobre sua justeza e efetividade no caso que visa a tutelar. Dentro desta perspectiva, admite-se que os diversos tipos de provimentos antecipatórios (liminares e tutela antecipada) se tornam imperativos, ante a exigência constitucional de efetividade do processo *(due process of law)*.

O devido processo legal atribui, então, ao legislador uma imposição constitucional abstrata82 de legislar circunscrevendo a sua liberdade de conformação para adequar o procedimento e as situações subjetivas das partes à obtenção de um ato final, obrigatoriamente precedido da ampla participação dialógica e isonômica, o que consubstancia a noção de contraditório.

Efetivamente, da mesma maneira que se opera com relação às normas programáticas e determinados direitos fundamentais, o devido processo legal, sob a ótica específica de um processo ou de um âmbito processual, pode dar ensejo a caracterização de uma imposição constitucional concreta pela imbricação com o *status processualis* de um direito fundamental a que concerna o respectivo processo.

De qualquer sorte, enquanto configurado abstratamente, apresenta um caráter acentuadamente dirigente, sem prejudicar a vinculação negativa que opera sobre o legislador, notadamente diante dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal, ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

---

81. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 395 5/3/2007 12:34:47

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária pode se dar assentada processualmente, ou seja, mediante procedimentos institucionalizados e dialógicos que admitam a plena participação daqueles que, de qualquer maneira, sejam afetados ou sofram os efeitos de uma determinada medida.

Com isso, tem acerto a pena de Calmon de Passos[83] ao compreender o princípio em questão como devido processo constitucional de produção do direito, consoante excerto que merece transcrição abaixo, *in verbis:*

> Tendo erigido como uma de minhas prioridades aprofundar o estudo dos nexos entre o jurídico e o político, a partir do meu entendimento de que o direito é produzido politicamente pelos homens, vale dizer, precisa ser dito como tal pelos homens e somente homens investidos de poder político institucionalizado podem fazê-lo, não há como dissociar a produção do direito da organização política que o produz. Sendo assim, um Estado de Direito Democrático implica um modo específico de produção do direito, que denomino d devido processo constitucional de produção do direito[84].

O alto grau de abstração e de generalidade que apresenta, notadamente por se composto de expressões com alto conteúdo axiológico, por ser devido processo, acarreta um grau de vagueza e indeterminação decorrente da fluidez significativa pela textura lingüística aberta.

Tal circunstância, se, por um lado, dificulta a compreensão de sua integral delimitação assecuratória do processo devido e justo, a ser definido pela lei a partir dos paradigmas axiológicos da ordem constitucional vigente, por outro fomenta a sua paulatina e contínua construção, transplantando-se o texto imutável para uma compreensão dinâmica, transformando-se a constituição-texto em *living constitution*[85].

---

82. Sobre a noção de imposições constitucionais, abstratas e concretas, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994, p. 314-315. As imposições constitucionais abstratas assinalam ao legislador a obrigação de consecução de diretivas materiais gerais, finalidades e objetivos fundamentais, enquanto as imposições constitucionais concretas importa no estabelecimento de uma atuação específica e materialmente delimitável. As imposições constitucionais abstratas são mais referidas às chamadas normas programáticas, não se podendo deixar de perceber, também no devido processo legal, uma certa dimensão desta natureza, notadamente em se atentando para o estágio histórico de restabelecimento e consolidação da democracia nas plagas brasileiras.
83. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 119.
84. Ob. cit., p. 118.
85. Como sustenta Canotilho (2002, p. 1.123), ao asseverar que "(...) existe um direito constitucional não escrito que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito", o que pode ser operado também a partir dos princípios constitucionais, que promovem a abertura do sistema constitucional à realidade.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 396 5/3/2007 12:34:47

Por conseguinte, o devido processo legal está para a constituição assim como o princípio da legalidade também o está, ou seja, perante os atos infralegais, são parâmetros de validade, mas encontram sua fundamentação, tanto formal quanto material, no texto constitucional.

E a fundamentação material do princípio do devido processo legal, de modo a torná-lo constitucionalmente adequado, relaciona-se com os princípios constitucionais materiais e com os direitos fundamentais, em virtude do *status processualis* pertencente aos direitos fundamentais, resultando na sua dimensão programática, de que deriva o direito fundamental à processualização.

Saliente-se que, se o devido processo legal se constitui como vértice axiológico do processo, a ponto de ser uma sua dimensão ineliminável e intrínseca, encontra-se, por sua vez, inspirado e orientado pela força normativa proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional republicano previsto no inciso III do art. 1º, responsável pela fundamentação axiológica de todo o sistema e, como tal, ao qual se reconduzem os direitos e as garantias fundamentais.

O princípio do devido processo compreende uma imposição de adoção de formas e técnicas dialógicas, mas não se satisfaz com a ausência de referencial material, trazendo consigo a necessidade de que haja, ao fim e ao cabo, a garantia efetiva ou realização concreta dos direitos fundamentais, como será mais detidamente explanado quando da análise específica do direito fundamental à processualização.

Em se reconhecendo a posição sobranceira do devido processo legal no âmbito processual, e sendo o processo uma categoria que se tem desvinculado da atividade jurisdicional, embora seja esta responsável pela sua caracterização por antonomásia, conforme explicitado e em função do afirmado direito à processualização, pode-se asseverar que o devido processo legal é o vetor axiológico que confere unidade e complementariedade sistêmica aos vários âmbitos em que o processo se manifeste ou tenha de se manifestar.

No plano da ciência jurídica, a unidade axiológica propiciada pelo devido processo legal, enquanto vetor a que convergem todos os âmbitos do processo, ou mesmo naqueles aos quais ele deva se estender – por força do direito fundamental à processualização –, repercute nas bases de uma teoria geral do processo constitucionalmente adequada, obrigando uma maior dedicação da doutrina para desvendar os demandas que se referem ao processo, enquanto garantia e ambiente de realização do direito e dos direitos fundamentais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 397 5/3/2007 12:34:47

Por sua vez, essa repercussão é orientada pelos paradigmas da hermenêutica filosófica, posto que o processo se caracteriza como o ambiente por que se realiza a compreensão/interpretação/aplicação, viabilizando-se através do seu caráter dialógico orientado ao horizonte histórico do intérprete, com vistas à realidade.

Assim, tanto pela sua fundamentação constitucional, como vértice axiológico que confere unidade à disciplina constitucional do processo, como por força da imbricação com a hermenêutica filosófica, e, ainda, pela dimensão processual que compõe todo e qualquer direito fundamental – que consistem no substrato filosófico, dogmático e axiológico do direito fundamental à processualização –, impõe-se uma releitura do devido processo legal de modo a conferir-lhe uma abrangência[86] maior da que lhe é hodiernamente atribuída.

Já se pode antecipar que o direito à processualização, resultante do devido processo legal em interação sistemática com os direitos fundamentais, portadores de uma dimensão processual, importa na difusão do processo para além do processo judicial, passando as suas fórmulas a ser impositivas nas demais funções do Estado.

A aludida difusão enseja, conseqüentemente, a substituição de formas e técnicas procedimentais pelas processuais, com o desiderato de promover a participação dialógica e isonômica.

Nesse passo, estabelecidas as condições para identificação do direito fundamental à processualização, cumpre que seja devidamente tratado, ainda que não se pretenda esgotar a análise das suas potencialidades.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO

O direito fundamental à processualização não tem assento constitucional expresso, mas é inferido da relação havida entre o devido processo legal e o sistema de direitos fundamentais, em associação com as cláusulas constitucionais de abertura do catálogo de direitos fundamentais.

A potencialidade garantista e emancipatória acarreta discussões e questionamentos diversos, muitos dos quais não são comportados pelo presente estudo,

86. A identificação específica das potencialidades protetivas, garantísticas e concretizadoras oriundas do direito à processualização serão expostas no momento oportuno, mas não se pode deixar de assinalar, de logo, que se opera uma abrangência do devido processo legal, incidindo não apenas sob aquelas atividades típica e reconhecidamente processuais, mas também sobre aquelas a que, por força do aludido direito, deva se estender o processo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 398 5/3/2007 12:34:47

destinado a sua afirmação, bem como ao reconhecimento de seu caráter garantista e emancipatório, resultante da dimensão processual que possui todo e qualquer direito fundamental, seja em *status negativus,* seja *em status activus*, de modo a conferir acerto ao modelo de sistema jurídico aperfeiçoado de Alexy, que seria composto em três níveis, integrado por princípios, regras e procedimentos[87].

Alexy considera que os procedimentos são necessários para tornar viável a racionalidade do discurso em razão da necessidade de institucionalização da justiça pela adoção de procedimentos decorrente da impossibilidade de realização do discurso ideal, que figura como idéia regulatória[88].

Advirta-se, de logo, que Alexy utiliza-se da expressão 'procedimento' com o conteúdo semântico e referencial que se atribui ao processo, posto que seria o ambiente do discurso racional e, como tal, pressupondo a atividade dialógica das partes que, como será explicitado, não rejeita concepções conteudísticas que permeiem o processo.

Assim, embora se possa identificar a diferenciação das abordagens procedimentalistas incidentalmente referidas acima, de caráter epistemológico, e das abordagens processuais, relacionadas mais ao plano da técnica, infere-se que aquelas sempre se relacionam a um ambiente de comunicação ou de diálogo, pelo que a terminologia a ser empregada seria, de acordo com as premissas e concepções já expostas, processo e não procedimento, malgrado ainda se vá expor nesse ponto a relação entre ambos.

Com tais considerações, cumpre que seja procedida a investigação das questões que resultam do direito fundamental à processualização que sejam compatíveis com o plano do presente estudo, pelo que se tratará inicialmente da sua fundamentação constitucional, seguindo-se, posteriormente, para a indicada diferenciação entre processo e procedimento, com a apreciação do conteúdo material do direito fundamental em questão, responsável pela tendencial processualização dos procedimentos, marcada pelo contraditório.

Finalmente, adota-se a afirmação de um referencial substancial para o processo, rejeitando as teorias processuais, acima indicadas como procedimentalistas, que apresentem cunho meramente formal, estabelecendo-se uma necessária interação entre a dimensão epistelomógica que resulta das aludidas teorias e a dimensão da técnica.

---

87. ALEXY, Robert. *ElConcepto y la Validez delDerecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994, p. 172-173.
88. Alexy, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 62-63.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 399 5/3/2007 12:34:47

4.1. Fundamentação constitucional

A afirmação de um direito fundamental à processualização não pode se justificar se não estiver abrigada constitucionalmente no texto constitucional.

Para lograr êxito no intento de demonstrar a fundamentação constitucional do direito à processualização não basta a mera indicação das cláusulas de abertura, ou da invocação do devido processo legal, ou, ainda, da dimensão processual dos direitos fundamentais; torna-se necessário acentuar a rejeição de assimilação entre texto e norma, posto que é imprescindível a compreensão que de um mesmo texto ou enunciado podem resultar várias normas.

E as várias normas que sejam resultantes de um texto ou enunciado, por sua vez, são susceptíveis de operar com distintos modais deônticos, podendo impor obrigações ou proibições, como também conferir direitos.

O texto normativo, conseqüentemente, não encerra a norma em si mesma, sendo apenas e tão-somente o elemento referencial para o processo de compreensão/interpretação/aplicação, mediado sempre pela historicidade do texto e do intérprete.

Nesse sentido, em doutrina já reconhecida, Friedrich Müller acentua a necessidade de separação entre texto e norma, sustentando que, quando os juristas falam e escrevem sobre a constituição, estão visando ao seu texto, da mesma forma que ocorre quando se dirigem à lei. [89]

Também Caterina Severino salienta que a distinção conceitual entre disposição e norma é constantemente ignorada tanto pelos juristas como pelo legislador, o que acarreta uma confusão conceitual prejudicial à teoria do direito.[90]

Tanto Muller[91], ao advertir que "sobre a base de uma nova aproximação da teoria do direito, tem-se que ressaltar, ao contrário, o fato fundamental da não-identidade do texto da norma e da norma", quanto Severino[92], ao afirmar a necessidade de diferenciação para rechaçar a concepção crescente de identidade

89. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.
90. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 25. Segundo a autora, a diferenciação aludida teria sido desenvolvida por Giannini em 1954, desenvolvida por Vezio Crisaffuli e retomada por Ricardo Guastini no ambiente jurídico italiano.
91. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.
92. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 27.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 400 5/3/2007 12:34:48

entre texto e norma, exaltam a relevância e o interesse da distinção, esclarecendo a autora que a uma disposição não corresponde apenas uma norma, e vice-versa, havendo uma relação muito mais complexa do que a simplificada identificação.

Para Muller[93] "O texto da norma, numa codificação, não é senão a parte emergente de um iceberg", concebendo o texto como um enunciado lingüístico como qualquer outro texto, inclusive de natureza não-normativa, acentuado que a sua normatividade resulta de particularidades do contexto lingüístico, não sendo, ele mesmo, uma regra jurídica.

O texto da norma obriga juridicamente os seus intérpretes e aplicadores a que o situem no início do processo de concretização, no curso do qual a norma jurídica será elaborada e ao fim do qual o caso concreto que dirigiu a concretização estará resolvido.

Por sua vez, ressalta que a compreensão da constituição é orientada por uma ordem material de valores que, segundo a Corte Constitucional alemã, seria composta pelos direitos fundamentais e pelos outros princípios básicos da Lei Fundamental.[94]

Infere-se que a relevância de um referencial textual para a afirmação do direito fundamental à processualização decorre tanto da função limitadora do texto constitucional[95], como da necessidade que a sua compreensão esteja materialmente fundada nos valores e princípios constitucionais.

Em estudo sobre a presente questão, Ricardo Guastini[96], ao distinguir disposição e norma, considera disposição como qualquer enunciado que integre um documento normativo, fazendo-se mister colacionar o seu entendimento acerca da norma, *in verbis:*

> …chamo 'norma' todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.

Diante disso, tanto Caterina Severino, como Ricardo Guastini e Canotilho acentuam a necessária não-correspondência biunívoca entre disposição e norma.

---

93. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.
94. Ob. cit., p. 230-231.
95. "Por razões impostas, particulamente no direito constitucional, pelo princípio do Estado de Direito, o sentido literal possível circunscreve o espaço do jogo de um concretização orientada pelo texto da norma e que respeita a organização constitucional das funções do Estado." Ob. cit., p. 239.
96. GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas.*São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 401 5/3/2007 12:34:48

Canotilho[97] assevera a existência de relações de disjunção, de conjunção e de sobreposição entre disposição e norma, como também de normas sem disposição e de disposição sem normas.

Severino[98], no mesmo sentido, reputa possível que uma disposição possa exprimir normas disjuntivas, como também normas conjuntivas; que de várias disposições possa resultar uma norma; que de várias disposições combinadas possa exsurgir uma norma; e, ainda, que pode não advir nenhuma norma de uma ou mais disposições[99].

Já Ricardo Guastini defende que as relações comportam normas disjuntivas, e conjuntivas a partir de um mesmo texto, sendo possível dois dispositivos (idênticos) que se relacionem a uma mesma norma, como também a ocorrência de normas sem disposição e disposição sem normas.

Tal percepção, no que respeita aos direitos fundamentais, possui maior relevo pela necessidade de constatar que de um dispositivo do texto constitucional que consagre um direito fundamental, ou um princípio constitucional, podem advir outros direitos e vários deveres ou obrigações.

De um direito fundamental não advém apenas uma obrigação que seja correlata com a situação subjetiva de vantagem que por ele é originada; ao contrário, pode resultar, diante de um processo que integre a compreensão/interpretação/aplicação, porque sempre referida ao caso concreto, vários outros direitos, deveres e obrigações.

Ressalte-se, mais uma vez, ser imprescindível a percepção da relação da aplicação, entendida em sentido mais amplo, como relevante para o processo de produção do sentido do texto, o que importa em trazer e reconhecer o inexorável atualizar do texto para o contexto, ensejando a fusão dos horizontes propiciada, por sua vez, pelo distanciamento histórico[100].

---

97. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 1.203-1.206.
98. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 27-29.
99. Divergindo de Canotilho quanto a esta última relação, que para a autora resultaria dos costumes, enquanto o constitucionalista luso a relaciona aos princípios constitucionais, que propiciam a abertura do texto, exemplificando com o devido processo, que não estava abrigado pela Constituição portuguesa até a quarta revisão constitucional, sendo fundado a partir de um conjunto de disposições.
100. STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In COPETI, André; STRECK, Lenio Luiz *et* ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 402 5/3/2007 12:34:48

Na doutrina pátria, Lenio Streck[101] chama a atenção para a diferença existente entre norma e texto, entendendo que se trata de uma diferença ontológica resultante da temporalidade, não havendo nem cisão e muito menos correspondência entre ambos. O texto porta um horizonte histórico que lhe é próprio e implica uma pré-compreensão, cuja adequação vai se dar justamente pelo distanciamento histórico possibilitado pelo encontro com a historicidade do intérprete.

Considera que há uma relação inexorável entre a unidade da compreensão/interpretação/aplicação e a concepção da tese hermenêutica da diferença ontológica entre texto e norma, pois se fossem separados se estaria admitindo a possibilidade de formulação conceitual em abstrato, independentemente do contexto e da realidade a que devem se referir; se fossem assimilados, daria ensejo à inferência de que o texto porta um sentido que dele deveria ser extraído, sendo ambas incompatíveis e impertinentes[102].

E a impertinência se manifesta porque ambas rejeitam a dimensão da aplicação, obscurecendo a imprescindibilidade de que a interpretação se opere com uma atualização de sentido resultante da sua atribuição pelo intérprete, de que resulta a norma jurídica.

Logo, os direitos e obrigações que exsurgem do texto constitucional trazem consigo a marca da temporalidade e da historicidade, permitindo a constante revitalização e atualização das normas constitucionais, de modo a ser concebida como *living constitution.*

A Constituição Federal de 1988, conseqüentemente, não se reduz ao texto promulgado em 05 de outubro, podendo-se afirmar que a partir daquela data é que se iniciou o processo de construção da novel ordem constitucional, de matiz republicana, garantista e emancipatória, fundada num dirigismo constitucional.

A ordem constitucional deve sair do texto e entrar na vida, na experiência de cada um dos seus intérpretes que compõem a comunidade que lhe dá sustentação material, o que justifica a abertura do texto constitucional a direitos não expressamente consagrados, como o direito fundamental à processualização, desde que referenciados pelo próprio texto e conformes à situação vivencial, do horizonte histórico do intérprete, como assinala Canotilho[103], *in verbis:*

101. Ob. cit., p. 160-161.
102. Ob. cit, p. 162.
103. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 1139.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 403 5/3/2007 12:34:48

> [...] o direito constitucional é um 'direito vivo', é um 'direito em acção' e não apenas um 'direito dos livros'. Precisamente por isso, existe um *direito constitucional não escrito* que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito.

De igual modo, Gadamer[104] assinala a dimensão produtiva de sentido e atualizadora propiciada pela compreensão unida à interpretação e à aplicação, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis:*

> O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. (....). Compreender não é compreender melhor, nem de saber mais, no sentido objetivo, em virtude de conceitos mais claros, nem no da superioridade básico que o consciente possui com respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente."

Por conseguinte, há de se destacar as potencialidades decorrentes da compreensão da relação entre os dispositivos que consagram os direitos fundamentais e as cláusulas constitucionais de abertura, bem como com o princípio do devido processo legal, dando ensejo à identificação, pautada pelo contexto atual, a que se dirige pela aplicação, do direito fundamental à processualização.

O Poder Público exerce as suas funções, próprias à jurisdição, à administração e à legislação, mediante o desempenho de atividades materiais e concretas que se organizam concatenadamene, dirigindo-se à prática de um ato final, pelo que se demonstra o exercício, ao menos procedimental, do poder político[105].

Essa atuação procedimental, entretanto, não corresponde, por si só, a qualquer paradigma ou fundamento próprio ao Estado Democrático de Direito ou ao regime republicano. É preciso que o Poder Público atue procedimentalmente, pois sem a ordenação e organização funcional e concatenada das atividades que orientam o exercício das funções, dirigidas à prática de um ato final.

A par de ser uma necessidade, não é suficiente para os atuais quadrantes exigidos pelo constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, em que se reconhece a força expansiva e irradiante dos direitos fundamentais, bem como as suas múltiplas dimensões eficaciais.[106]

---

104. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 444.
105. Pelas limitações do presente estudo, não se procede a uma análise das relações privadas, que, entretanto, não são infensas à processualização, como será oportunamente indicado.
106. Também não comporta o presente estudo um aprofundamento sobre a eficácia privada dos direitos fundamentais. Sobre o tema SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 404 5/3/2007 12:34:48

Com efeito, a vetusta distinção dos direitos fundamentais como direitos de liberdade e direitos sociais, em que os primeiros seriam direitos meramente negativos ou de abstenção, enquanto os últimos seriam direitos de prestação não se confirma mais, sendo objeto de contínua crítica doutrinária desde a percuciente análise de Cass Sunstein e Stephen Holmes, ao sustentarem, com a rejeição dessa diferenciação, que as liberdades também demandam recursos.[107]

Nesse sentido, Alexy[108] já reconhece que os direitos sociais não esgotam o âmbito dos chamados direitos a prestação, entendendo prestação em sentido amplo como "Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones.[109]"

Sustenta que os direitos à prestação se dividiriam em direitos de proteção e direitos de organização e procedimento, abrangendo, também prestações em dinheiro e bens, que se poderia considerar como direitos à satisfação de necessidades.

Os direitos à prestação consistiriam de forma impositiva numa atuação do Poder Público que poderia ser não apenas material e concreta, mas também normativa.

Os direitos à proteção corresponderiam à imposição ao Poder Público de que atuasse, material ou normativamente, para resguardar as situações subjetivas de alguém em face de intervenções ou lesões de terceiros, tendo como esfera protetiva a vida, a saúde, a dignidade, a família, a propriedade, e quaisquer outros bens dignos de resguardo pela sua jusfundamentalidade.

A atuação protetiva, por sua vez, poderia ocorrer tanto pela instituição de normas de direito penal e administrativo-sancionador e processual, como de atuação material e concreta da Administração Pública[110]; nesse contexto, Alexy considera enganoso um esforço de distinção entre direitos de defesa e direitos à proteção.[111]

Já os direitos à prestação em sentido estrito corresponderiam mais diretamente aos direitos sociais, portadores de uma imposição para a satisfação de determinada necessidade que o indivíduo não consegue satisfazer no mercado[112].

---

107. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.
108. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 420.
109. Ob. cit., p. 426.
110. Ob. cit, p. 435-441.
111. Ob. cit., p. 446.
112. Ob. cit., p. 482.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 405 5/3/2007 12:34:49

Por sua vez, também admite a existência de direito à organização e ao procedimento, sobre os quais salienta que nenhum outro há despertado tanto interesse, remetendo a Peter Häberle como responsável pelo seu primeiro desenvolvimento[113].

Alexy entende como procedimento, que pode abrigar a organização, como "sistema de normas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso[...]."[114]

Relembre-se ainda que, além de entender a existência de um direito ao procedimento, Alexy considera, como já mencionado, que o sistema jurídico é composto por normas que podem ser princípios, regras ou procedimentos, como já referido.

Logo, constata-se que Alexy estabelece uma tipologia de direitos à prestação, associados aos direitos de defesa; entretanto, afigura-se mais adequado conceber-se que um mesmo direito fundamental possa portar consigo, numa atualização mediante a compreensão/interpretação/aplicação, dimensões eficaciais conducentes aos aludidos direitos, que nada mais seriam do que desdobramentos dos direitos fundamentais, susceptíveis de que alguns desses direitos decorrentes sejam, também, fundamentais.

Nesse sentido, um mesmo direito fundamental teria uma dimensão negativa e uma dimensão positiva, sendo aquela composta pelos direitos/deveres de respeito ao bem jurídico respectivo e preservação da autonomia individual. Já a dimensão positiva albergaria direitos/deveres de proteção, de satisfação e processuais.

Com essas concepções, afirma-se que todos os direitos fundamentais poderiam comportar uma dimensão processual, o que lhes conferiria um *status processualis*, geralmente ativo, mas também susceptível de ser concebido negativamente, diante da caracterização da reserva de processo para determinadas intervenções.

A fundamentação constitucional para a existência de um direito fundamental à processualização resultaria, conseqüentemente, da dimensão processual ou *status processualis* dos direitos fundamentais em compreensão sistemática com o

113. Ob. cit., p. 454-455.
114. Ob. cit., p. 457.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 406 5/3/2007 12:34:49

devido processo legal, abrigando-se a constitucionalização formal por força das cláusulas de abertura, já referidas.

O *status activus processualis* foi defendido por Peter Häberle, no âmbito do desenvolvimento da atividade prestacional própria do Estado Social, partindo da doutrina dos *status* de Jellinek.

Para Häberle, o *status activus processualis* compreende todo o tipo de procedimento respeitante a direitos fundamentais, cujo conteúdo material seria composto por "un derecho de participación cuya inmediata consecuencia, más que una 'reserva de ley', implica una autentica 'reserva procesal de prestación', ya que resulta dimandar de una intensa forma de entender los tres elementos por antonomásia de los que procede, que son el Estado, el Derecho ya la própia Constitución."[115]

Nesse sentido, também Canotilho[116] reconhece a existência de um direito ao procedimento, entendendo o *status activus procesualis* como direito à participação nos procedimentos decisórios dos poderes públicos, aos quais não se restringe, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embora seja pertinente sua observação, que não discrepa das considerações de Häberle, acerca da relação entre direitos fundamentais e direito ao procedimento, ao salientar que aqueles impõem um âmbito de garantia e realização material que deve ser assegurado pelo Poder Público.

Torna-se importante, ainda, recorrer ao entendimento de Alexy, mais analítico quanto à doutrina de Häberle, que, para sustentar a existência ou não de um direito ao procedimento, registra a necessidade de identificar se o dever de legislar relativamente à organização e procedimento revela-se como um dever fundamental, de caráter exclusivamente objetivo, ou se se caracteriza como um direito fundamental ensejando a subjetivação pelo indivíduo e permitindo a existência de um direito fundamental ao procedimento[117].

Para tanto, invoca a jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, que confirmar a conclusão de que a todo direito fundamental material estão

---

115. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 194.
116. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74
117. Registre-se que, nesse passo, acolhe-se a doutrina de Alexy acerca da utilidade de não se distinguir os direitos à organização e os direitos ao procedimento, preferindo-se a utilização apenas deste, ainda que abrangente da organização. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 457.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 407 5/3/2007 12:34:49

relacionados direitos procedimentais, mesmo no que se refere ao direito à organização, em que seria mais dificultosa a verificação de se tratar de um direito subjetivo e não de um dever fundamental em razão da eficácia objetiva apenas e tão-somente[118].

Há, pois, dois sentido de direito à organização e ao procedimento, sendo o primeiro o que vincula a autoridade pública a observar as formas legais constituintes do procedimento, que não demanda maiores problemas, enquanto a segunda redundaria, como decorrência do *status activus processualis* intrínseco à dimensão dos mais variados direitos fundamentais[119-120], num dever de legislar para estabelecer procedimentos, bem como para conformá-los devidamente ao exercício ou à proteção do direito a que se refiram.

Observe-se que Häberle, Alexy e Canotilho referem-se indistintamente a processo e a procedimento, mas, ao inserirem a nota considerada distintiva por Fazzalari, ao entendimento da relevância da dimensão processual encerrar procedimentos participativos, denotam tratar-se não de procedimento, mas de processo, como já indicado.

Diante do que exposto, o direito fundamental à processualização se assenta na compreensão dos dispositivos que consagram os direitos fundamentais, que ensejam a constatação da aludida dimensão processual, associada ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, responsável pela previsão constitucional do devido processo legal.

Não estaria, então, destituído de respaldo no texto constitucional na medida em que se rejeita a correspondência entre texto e norma, e, da mesma forma, a inferência de que de um dispositivo advenha apenas uma norma, posto que se torna possível perceber uma dimensão processual comum aos direitos fundamentais, que sempre vão demandar o desenvolvimento de procedimentos idôneos à sua proteção, ou à sua relação e concretização, procedimentos esses que, por força do devido processo legal, devem ser marcados pelo contraditório, entendido de uma forma mais ampla, como participação isonômica dos envolvidos no ato final.

---

118. Ob. cit., p. 460.
119. Como nos mostram os exemplos oferecidos por Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
120. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p. 158.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 408 5/3/2007 12:34:49

A concepção afirmativa do aludido direito representa uma alteração substancial na teoria do processo e, de igual modo, influencia reflexivamente a teoria da constituição, pois acarreta tanto o desprendimento do processo da atividade jurisdicional, a qual não se reduz, como também uma progressiva e contínua processualização dos procedimentos de que se utiliza o Poder Público para o exercício das suas funções constitucionais.

A constatação oriunda do texto constitucional coaduna-se, igualmente, com os postulados sustentados pela hermenêutica filosófica, pois a ausência de reconhecimento desse direito, expressamente ou mesmo implicitamente, logo após a edição e promulgação do texto constitucional, não obstaculiza o seu reconhecimento e o das potencialidades do seu conteúdo material, cabendo colacionar as considerações de Gadamer[121] que explicitam bem o caráter produtivo da interpretação, *in verbis:*

> Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Não acontece apenas que se vão eliminando sempre novas fontes de erro, de tal modo que se vão filtrando todas as distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas.

Dessarte, concebe-se a existência de um direito fundamental à processualização, com inequívoco lastro constitucional, ainda que não expressamente consagrado, cujo conteúdo material expressa uma potencialidade protetiva e emancipatória da pessoa humana, bem como de realização do direito e, principalmente, dos direitos fundamentais.

Não se admite, entretanto, pela origem materialmente fundada do direito em questão, como se possa conferir uma função ou concepção meramente formal, que fica de logo rejeitada, com as razões oportunamente sustentadas.

Antes, porém, insta analisar se, efetivamente, o direito que ora se defende, como decorrência da dimensão processual dos direitos fundamentais, em interação com o devido processo legal, abrigado pelas cláusulas constitucionais de abertura do catálogo, seria à processualização ou se, em verdade, seria à procedimentalização.

Como explicitado, Alexy, Haberle e Canotilho, ora se referem a procedimento, ora se referem a processo; da mesma forma, as teorias procedimentalistas, no âmbito epistemológico, referem-se a procedimento e não a processo.

---

121. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 446.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 409 5/3/2007 12:34:49

Esse contexto induz a que se trate da devida identificação de processo e de procedimento numa interpretação constitucional adequada, o que conduzirá a adoção da concepção de processo de Elio Fazzalari[122], assumida, dentre outros, por Aroldo Plínio Gonçalves[123], Cândido Rangel Dinamarco[124], Marcelo Cattoni[125], Fredie Didier[126] e Odete Medauar[127].

Tal conclusão, contudo, importará na infirmação parcial e progressiva da relação estabelecida entre processo e procedimento, pois o conteúdo material do direito fundamental à processualização contempla, justamente, a imposição para a inserção de mecanismo de participação isonômicas pelas vias de atuação outrora procedimentais do Poder Público.[128]

4.2. Processualização ou Procedimentalização: processo ou procedimento

A relação entre processo e procedimento é importante para o presente estudo por duas razões, quais sejam: a primeira, para identificar se, efetivamente, o direito ora afirmado se refere à processualização ou à procedimentalização, notadamente pela referência ao procedimento ser mais comum tanto no plano epistemológico, pelas teorias procedimentalistas, quanto na seara técnico-científica, pela teoria do processo.

A segunda razão consiste na relação que a definição conceitual de processo e procedimento apresenta para o conteúdo material do novel direito fundamental, posto que abriga a contínua e progressiva processualização dos procedimentos pelos quais o Poder Púbico exerce suas funções, principalmente quando respeitantes a direitos fundamentas.

Aroldo Plínio Gonçalves[129] pontua como o termo processo é polissêmico, compondo tanto a linguagem popular ou coloquial, como também a linguagem científica, filosófica e, evidentemente, jurídica.

---

122. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13.
123. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 67-68.
124. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 121-123.
125. CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141.
126. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Processo Civil.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006, v. 1, p. 58-59.
127. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 39-40.
128. Reitere-se não se inserir no âmbito do presente estudo a análise da repercussão às relações privadas do direito fundamental à processualização, o que exigiria adentrar no tema da eficácia privada dos direitos fundamentais.
129. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 59.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 410 5/3/2007 12:34:50

Assinala que, usualmente, é comum o recurso indistinto a processo e procedimento[130], explicitando os sentido de processo nos vários campos lingüísticos em que é utilizado, inclusive, na filosofia.

Com Abbagnano[131], verifica-se a assimilação de processo e procedimento, por ser aquele entendido como forma de agir, de atuar, como devir ou desenvolvimento e, ainda, como concatenação de eventos.[132]

Aroldo Plínio Gonçalves promove uma detida investigação dos critérios que orientaram, no curso da ciência processual, a caracterização do processo e, conseqüentemente, a sua diferenciação para o procedimento.

Um dos critérios distintivos seria o teleológico, que identificaria o processo porque o relacionaria com a realização de determinados fins, não tendo logrado êxito porque o procedimento, como meio necessário para o desenvolvimento do processo, acaba por ser orientado também por tais finalidades[133], rejeitando, posteriormente, a concepção de processo como relação jurídica.[134]

Invoca, então, ao critério lógico, que reputa o utilizado por Fazzalari, concebendo o processo como procedimento realizado em contraditório, sustentando que a diferença para com o procedimento consiste numa "relação de inclusão, porque o processo é uma espécie de procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escoala em que pode haver distinção entre gênero e espécie.[135]"

Assim, considera que o processo é um procedimento qualificado pela observância do contraditório, segundo o sistema normativo, no qual se assenta a distinção, sendo entendido o contraditório como participação daqueles que têm interesse no provimento final a ser promovido, concebendo, ainda, que tais interesses são contrapostos.

Fazzalari, responsável pela consolidação da concepção de processo como contraditório, assevera categoricamente que existe processo quando no *iter* de formação de um provimento existe contraditório, ou seja, ao ser conferido aos

130. O que se pode verificar também em outros idiomas.
131. Também referido por Aroldo Plínio Gonçalves.
132. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 798.
133. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 66-67.
134. Ob. cit., p. 97-101.
135. Ob. cit, p. 68.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 411 5/3/2007 12:34:50

interessados a participação sob recíproca e simétrica paridade, constituindo-se como uma seqüência de atos mais complexa do que a de caráter meramente procedimental porque tais atos devem abrigar a integração de todos os interessados[136].

Para Fazzalari a distinção entre processo e procedimento baseia-se no contraditório, que conferiria à estrutura de participação dialética a *ratio distinguendi*, em que cada sujeito exerce um conjunto de escolhas, reações e controles e deva suportar as dos outros envolvidos, de maneira a essas atuações serem consideradas no provimento final, não podendo o seu autor obliterar as suas atividades.

Já o procedimento é concebido por Fazzalari como seqüência de atos, atos esses que encerram, na verdade, a representação de poderes, deveres e faculdades conferidas pelo ordenamento jurídico aos interessados, rejeitando a concepção de procedimento como ato composto ou ato complexo. [137]

O procedimento seria, então, o gênero, e o processo a espécie porque representaria um procedimento qualificado especialmente pela estrutura dialética marcada pelo contraditório, concluindo que, sem contraditório, não há processo[138], asseverando que "É e se acrescentar que a identificação do 'processo' como espécie do gênero 'procedimento' nos permite compreender e valorar plenamente que o princípio constitucional do contraditório está mortificado no esquema do mero procedimento.[139]"

Com tais considerações, verifica-se que processo haverá de existir como procedimento em contraditório; entretanto, a existência de contraditório em determinados procedimentos não fica relegada a livre conformação do legislador, posto o reconhecimento do direito fundamental à processualização.

Com efeito, a progressiva inserção do contraditório nas várias formas de manifestação das funções estatais ordenadas procedimentalmente decorre da inflexão do devido processo legal com a dimensão processual dos direitos fundamentais, ou seja, do direito fundamental à processualização.

Infere-se, pois, que, a partir do princípio do devido processo legal, o contraditório, efetivamente, além de consubstanciar um elemento constitutivo do con-

136. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1072-1.073.
137. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 116-117.
138. Ob. cit, p. 121.
139. Ob. cit, p. 40.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 412 5/3/2007 12:34:50

ceito de processo, apresenta-se como um requisito condicionante da legitimidade processual, sujeitando a sua estrita e regular observância a validade do próprio ato final.

Logo, trata-se não de procedimentalização, mas de processualização da atuação do Poder Público, na medida em que a dimensão processual dos direitos fundamentais e o devido processo legal conferem ao processo não apenas a condição de meio de defesa e garantia dos direitos, função atribuída ao processo jurisdicional, mas também como veículo de proteção às intervenções estatais indevidas, âmbito resguardado pela reserva de processo, e, ainda, como meio de concretização e realização dos direitos fundamentais e das políticas públicas a eles referidas.

Estabelecida a concepção de processo e a sua relação com procedimento, pode-se verificar que tanto as teorias procedimentalistas, de caráter discursivo ou não, encerram, na verdade, caráter processual, pois tanto Alexy[140], ao sustentar a procedimentalização do discurso como forma de torná-lo racional mediante a idéia regulativa do discurso ideal, quanto Habermas[141], sustentam a viabilização da comunicação em condições de discurso ideal que pressupõe a participação isonômica dos interessados.

Também a doutrina de Luhmann da legitimação pelo procedimento, ainda que abrigue outros matizes, pode ser entendida como portadora de um caráter processual, por implicar, de igual forma, a participação, ainda que o relevo seja acentuado na positivação das formas procedimentais do que na participação.

De igual forma, a concepção procedimental da constituição defendida por John Hart Ely apresenta caráter verdadeiramente processual, ao conceber que a constituição apenas permite a atuação do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos e não têm responsabilidade política, se estiver em questão a preservação do processo democrático para que a minoria não seja suprimida pela maioria[142].

Registre-se que teorias procedimentalistas de cunho discursivo buscam a obtenção da verdade ou da correta interpretação pelos procedimentos discursivos, que encerram, implicitamente, uma atividade dialógica, ainda que de caráter persuasivo, atendendo à caracterização constitucional da concepção de processo[143],

140. Alexy, Robert. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005, p. 62-63.
141. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 62-64.
142. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002, p. 4-5.
143. Ainda que não se concorde com tais posturas epistemológicas pela adesão à hermenêutica filosófica.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 413 5/3/2007 12:34:50

sem relegar a importância da argumentação, notadamente para a fundamentação das decisões judiciais.

Esclarecida tal controvérsia, promovida a diferenciação entre processo e procedimento e a confirmação do direito à processualização e não à procedimentalização, como também, sinteticamente, a sua relação com as teorias discursivas e com a concepção luhmanniana de procedimento[144] e a procedimentalista de constituição, que apresentam caráter processual, urge que seja procedida a análise do conteúdo material do direito fundamental à processualização.

4.3. Conteúdo material: abrangência e contraditório

Uma interpretação descuidada do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal poderia conduzir a um rotundo equívoco, na medida em que o dispositivo constitucional, ao acolher a clássica forma pela qual ficou consagrado, referiu ao âmbito de incidência do devido processo legal adstrito às situações em que houvesse a privação da liberdade ou dos bens.

De outra parte, o inciso LV do mesmo dispositivo constitucional relaciona o contraditório e a ampla defesa – que dão a compostura ao conteúdo material do devido processo legal e, conseqüentemente, apresentam-se como elementos constitutivos e garantísticos do processo –, aos acusados e litigantes em geral.

Tanto a referência do devido processo a bens e liberdade, quanto do contraditório e da ampla defesa aos acusados e litigantes, induzem a uma dimensão reducionista, incompatível com a extensão a ser conferida ao processo por força do direito fundamental à processualização[145].

Em se adotando uma interpretação meramente literal, a modo do exegetismo ou do textualismo, conceber-se-ia que o devido processo legal só incidiria nas atividades desenvolvidas pelo Poder Público que pudessem influenciar negativamente na esfera das liberdades ou no âmbito patrimonial, o que importaria na negação do direito fundamental à processualização e, mais ainda, da dimensão processual dos direitos fundamentais.

---

144. O que é percebido por Dinamarco em atenta observação, sugerindo a sunbtituição da legitimação pelo procedimento por legitimação pelo devido processo e pelo contraditório. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 125.

145. Do que se infere a existência de uma relação de recíproca implicação entre devido processo legal e direito fundamental à processualização, posto que, se o aludido princípio é um dos fundamentos para o seu reconhecimento, o direito em questão impõe uma compreensão mais ampla da abrangência do devido processo legal.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 414 5/3/2007 12:34:50

Da mesma forma, o contraditório e a ampla defesa só deveriam ser observados quando houvesse uma lide, caracterizada por um conflito de interesses diante de uma pretensão resistida, segundo a clássica lição processual.

Tal concepção advém de uma compreensão reducionista do processo, porque o relaciona à lide, entendo-se que só deveria haver processo diante de um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, a partir do que se justificaria a estrutura dialógico-dialética do processo, com a participação isonômica dos interessados no provimento final, característica do contraditório.

O que aparentemente parece exigir o processo é o risco de que o indivíduo se submeta a um ato que importe em privação de bens ou liberdade, situação caracterizada a partir de um litígio, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, ou quando houvesse uma acusação, que não deixa de configurar um litígio, num sentido mais amplo.

Ainda pela interpretação literal, poder-se-ia considerar que o contraditório e a ampla defesa não se aplicariam se não se tratasse de processo judicial ou administrativo, denotando a possibilidade de que houvesse processo sem contraditório ou sem ampla defesa e que, como tal, fosse processo devido.

Os riscos de interpretações tão destoantes do que se poderia reputar constitucionalmente adequado são advertidos por parte da doutrina, conforme o escólio de Francisco Gérson Marques de Lima[146] (2002, p. 177), abaixo transcrito, *in verbis*:

> O vocábulo 'bens', utilizado pelo inciso, está no sentido amplo, a alcançar tanto os materiais como os imateriais. É que, na ação, muitas vezes se discutem interesses de natureza não-material, como a honra, a imagem, a dignidade etc. E as conseqüências de uma sentença judicial não consistem apenas em privar alguém de sua liberdade ou de seus bens, porquanto podem representar um mandamento, uma ordem, um ato constitutivo ou desconstitutivo, uma declaração ou uma determinação de *facere* ou *non facere*.

Ora, embora a lide não seja mais admitida como elemento caracterizador quer da atividade jurisdicional, quer do processo, como sustenta o próprio Fazzalari[147], estaria implícita na caracterização do contraditório como estrutura dialética de participação dos sujeitos, distintos do autor do provimento final, que se apresentam, conseqüentemente, com interesses contrapostos.

---

146. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.
147. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 116-117, p. 120.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 415 5/3/2007 12:34:50

O próprio Aroldo Plínio Gonçalves[148] assim considera ao reputar que o juiz não participa do contraditório porque não tem interesse contraposto ao das partes e, ainda, que o contraditório traz implícito a oposição de interesses das partes envolvidas, relegando a sua concepção como mera participação no processo à sua concepção originária, que não seria mais pertinente.

Assim, afirma que "É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo"; não obstante isso, a concepção do contraditório como elemento caracterizador do processo e responsável pelo seu desenvolvimento em estrutura dialética não se afigura pertinente, ante a difusão do processo para âmbitos alheios ao processo judicial que resulta do direito à processualização.

Se a concepção de Fazzalari de que o processo é caracterizado a partir do contraditório tem como embasamento uma análise lógica do ordenamento jurídico processual italiano, cumpre acentuar que a inserção do contraditório como elemento conceitual do processo, no ordenamento jurídico pátrio, não deriva apenas do sistema processual pátrio, sendo uma imposição resultante do devido processo legal.

Nesse sentido, em se admitindo que o contraditório enseja sempre uma estrutura dialética, a expansão do processo para outros âmbitos poderia ficar obstaculizada em não havendo interesses contrapostos, o que se dá diante da possibilidade de ocorrência de interesses convergentes e concorrentes, que não dispensem a processualização com vistas a definir a melhor e mais adequada maneira de se lhes dar consecução pelo provimento final a ser adotado.

Lionel Ascensi[149] pontua a origem do contraditório num provérbio atribuído ao Rei Salomão, que simboliza a justiça no imaginário popular, destacando a sua importância histórica, afirmando que o processo implica em contraditório, como a contradição explica o processo.

O autor francês assevera a necessidade de uma renovada leitura do princípio do contraditório, de modo a justificar a sua configuração além do âmbito jurisdiciona, atendo-se, contudo, às situações litigiosas[150].

Não obstante isso, afigura-se compatível com a proposta do presente estudo uma concepção mais aberta do contraditório, conducente, em sentido amplo,

148. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 121.
149. ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006, p. 1-3.
150. Ob. cit., p. 13.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 416 5/3/2007 12:34:51

ao diálogo, não necessariamente desenvolvido pela estrutura dialética, de modo a permitir uma compreensão constitucionalmente mais adequada, porque mais emancipatória e garantista, do devido processo legal, consagrado pelo art. 5º, inciso LIV, a despeito da sua referência explícita a litigantes e acusados em geral.

Paradoxal seria sustentar a difusão do processo como paradigma para o exercício das funções do Estado que se relacionem direta ou indiretamente com os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, considerar imprescindível a existência de que os envolvidos que devam participar com paridade de armas do procedimento tenham interesses opostos, pois, mesmo que reflexamente, remete a uma perspectiva subjacente de litigiosidade.

Essa litigiosidade não se configura, necessariamente, no exercício da função administrativa, ou mesmo da função legislativa, em especial quando se refira à ação pública voltada ao planejamento, formulação, implementação e execução de políticas públicas, também portada de caráter processual.

O contraditório, no âmbito processual não-jurisdicional, passa a ter contornos diferenciados, em virtude da necessária adaptação da compostura do processo para além do seu módulo legal, caracterizado justamente pelo processo judicial.

Nesse sentido, Leonardo Greco considera que o contraditório, como expressão do princípio da participação democrática, "não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados", recomendando, em tais casos, a adoção de audiências públicas ou outros procedimentos que viabilizam o diálogo.[151]

Não se objetaria a relação entre caráter dialógico do contraditório e a sua estrutura dialética, pois a dialética não se circunscreve apenas às situações em que existam interesses opostos ou contrapostos daqueles em cuja esfera jurídica repercutirá o ato final; a objeção consiste apenas se houver a identificação, que se afigura impertinente, entre dialética e contraposição de interesses.

Logo, o conteúdo material do direito fundamental à processualização impõe uma extensão do âmbito de incidência do processo e, ao mesmo tempo, uma releitura do contraditório que o caracteriza, a fim de potencializá-lo não apenas

151. GRECO, Leonardo. Contraditório. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo-Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 156.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 417 5/3/2007 12:34:51

como garantia dos direitos fundamentais, mas também como modo de concretização e realização que assegure a dimensão emancipatória da pessoa humana.

Contraditório, então, para além do processo judicial e daqueles que têm caráter litigioso, relacionando-se, nessa renovada leitura, ao processo eleitoral, aos processos legislativos e a alguns processos administrativos, como os que demandam a realização de audiência pública para discussão do plano diretor da cidade, ou para determinadas medidas de impacto ambiental, ou, ainda, para o planejamento, formulação, execução e controle das políticas públicas.

Em tais situações, não existem necessariamente interesses opostos que signifiquem exclusão mútua ou recíproca pelo provimento final; malgrado tal constatação, não se lhes pode negar a condição de consubstanciarem formas processo, numa leitura constitucionalmente adequada do contraditório, que lhe dá a compostura específica, pela inflexão da eficácia processual dos direitos fundamentais eventualmente relacionados ao exercício das respectivas funções estatais.

Nesse sentido, como já assinalado, não se pode adotar, em temas pertinentes aos direitos e garantias fundamentais, qualquer compreensão reducionista, em contrariedade ao princípio da máxima efetividade, o que ocasionaria a própria negação dos fundamentos republicanos do Estado brasileiro, como bem observa Manoel Jorge e Silva Neto[152].

Deve-se constatar a necessidade de assegurar a existência de processo além do âmbito judicial e administrativo, nos quais obrigatória é a observância do contraditório, independentemente da existência de litígio ou acusação formal de que possa resultar privação de liberdade ou bens, atraindo, conseqüentemente, a incidência do devido processo legal.

O direito fundamental à processualização, dentre o seu conteúdo material, sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens.

O devido processo legal espraia-se, conseqüentemente, para além dos lindes do processo jurisdicional e, ainda, segundo anota Francisco Gérson Marques de Lima[153], vai além, ao afirmar que as "garantias foram reconhecidas como de

152. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: Ltr, 1999, p. 37.

153. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 418 5/3/2007 12:34:51

dimensão tamanha que alçaram status constitucional, donde irradiam seus raios lucipotentes a todos os campos do direito processual. Hoje se reconhece a aplicabilidade de algumas delas até nos meros procedimentos."

Ora, se a aplicabilidade de algumas delas se estende aos procedimentos, eles passam a ser qualificados como processo, deixando de ser apenas uma sucessão concatenadas de atos, preparatórios do provimento final.

Há um dever do Poder Público de estabelecer a atuação processual, e não apenas procedimental, em âmbitos distintos do processo jurisdicional ou do processo administrativo, em toda e qualquer atividade que, segundo os elementos que dão ensejo à configuração e caracterização da aplicação da processualização, deva se desenvolver processualmente.

Importa ressaltar que onde houver processo, entendido como procedimento em contraditório, haverá devido processo legal, que é o vértice axiológico a que se reconduzem todos os processo, em suas distintas tipologias e em seus respectivos âmbitos materiais.

A extensão do processo, resultante do direito à processualização, justifica-se a todos os âmbitos aos quais deva se estender o contraditório, com as devidas adaptações, tanto como instância de proteção aos direitos fundamentais, como instância de realização e concretização positiva, que se deve implementar dialógica e isonomicamente, sem olvidar a necessária fundamentação material.

O processo, e não o mero procedimento, compreendido como procedimento em contraditório, ou seja, participativo e dialógico, pressupondo o tratamento isonômico e com paridade de todos os que se submeterão à deliberação final, aplica-se não apenas à jurisdição, incidindo também no que tange a atuação da Administração Pública, ao Poder Legislativo, conforme previsto pelo art. 59 da Constituição Federal, aos processos eleitorais[154], aos processos jurisdicionais não estatais, como se opera com a arbitragem, e, ainda, com ressalvas, à seara negocial[155].

Nesse sentido, Ascensi pontua que o contraditório teria uma dupla função, quais sejam, a de proteção dos interesses que serão afetados pelo provimento final,

154. Como firmado proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8/DF, em que se suscita a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional nº 52/2006, que vedava a restrição das coligações partidárias à observância estrita daquelas que forem formadas em âmbito nacional, conhecida como a responsável pelo fim da verticalização

155. Já Fredie Didier Jr. (2006, p. 33) considera a pertinência do conceito lógico-jurídico do processo ao âmbito das relações negociais de forma ampla.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 419 5/3/2007 12:34:51

e a função heurística, ao constituir o suporte jurídico da elaboração dialógica da decisão[156].

O direito fundamental à processualização, enquanto resultante da dimensão processual dos direitos fundamentais, além de conferir a ampliação do âmbito do processo, atraindo consigo as fórmulas garantístas do devido processo legal, apresenta, também, uma eficácia negativa, consistente na proibição de intervenção estatal para limitar direitos fundamentais que não se opere processualmente, dando ensejo à chamada reserva de processo, como entende Häberle.

A reserva de processo incide no plano normativo, a exigir a edição de lei em sentido formal, cuja atuação participativa e dialógica da sociedade fica atendida parcialmente pelos representantes que integram o Poder Legislativo – não obstante a advertência de Häberle[157] acerca da indolência dos partidos políticos e dos déficits democráticos –, o que infirma a possibilidade de medidas provisórias restritivas de direitos fundamentais, quaisquer que sejam eles, ainda que não constem do rol expresso do art. 62, além da inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que previu a eficácia permanente para as medidas provisórias vigentes quando da sua promulgação.

Além da atuação normativa destinada a limitar os direitos fundamentais, também a eficácia negativa comporta a necessidade de observância das formas processuais, tanto pela Administração Pública, como por particulares, quando se trate de intervenção referida a direitos e liberdades, sendo o âmbito típico e classicamente conferido ao processo e ao devido processo legal, compondo a reserva de processo administrativo ou de processo jurisdicional.

Comporta, também, uma dimensão positiva, no sentido de vincular o Poder Público a prever e instituir os meios concretos de realização e efetivação processual dos direitos fundamentais, assegurando a participação dialógica e isonômica dos que se mostrem interessados e, ao mesmo tempo, obstaculizando retrocessos na sua progressiva e contínua implementação, que não se coadunam com a estrutura de processo, caracterizado por consistir num movimento de marcha para frente, sem refugos.

O direito fundamental à processualização, além de meio de defesa e de garantia, caracteriza-se, portanto, como forma de efetivação e realização dos direitos

156. ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006, p. 15.
157. Häberle, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 200.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 420 5/3/2007 12:34:51

fundamentais, portando um caráter emancipatório, destinando-se a viabilizar a participação aberta e dialógica da sociedade no que respeita à formulação de políticas públicas e no planejamento da ação estatal no que concerne aos direitos fundamentais, notadamente quando envolva questões de colisão de direitos fundamentais e a reserva do possível[158].

Alexy159 contribui para a identificação do conteúdo material do direito à processualização ao tratar de quatro categorias resultantes do *status activus processualis*, compostas pelas "competencias de derecho privado", consubstanciadas na manifestação da autonomia de vontade do indivíduo para a qual se faz necessária a disciplina dos institutos de direito privado, como o contrato e o matrimônio, sem os quais a propriedade e outros direitos quedariam profundamente afetados.

Afirma a existência de direito ao procedimento quanto aos procedimentos judiciais e administrativos, especificamente, ressaltando elementos que lhe dão compostura normativa, servindo, usualmente, para defesa em face do Estado ou para proteção em face de terceiros.

Haveria, também, a dimensão do direito à organização em sentido estrito, tendo como elemento de agregação a circunstância dos direitos fundamentais relacionados a essa dimensão procedimental encerrarem uma cooperação de pessoas buscando a realização de determinados fins.

Por fim, em sentido mais amplo e na tentativa de abranger a complexa e multifacetada construção da dimensão procedimental de Häberle, aduz a existência de direitos procedimentais respeitantes à integração e participação influenciando a formação da vontade do Poder Público, salientando, contudo, que se relevaria como status positivo enquanto exigência de disciplina para regular o exercício dos direitos de participação, como se dá com o voto, sintetizando esse tipo e sua relação com o processo democrático de forma que justifica sua transcrição literal, in verbis:

> La distinción entre el derecho dirigido al legislador a la normación legislativa ordinaria de la competencia para votar y la competencia para votar muestra de una manera especialmente clara la conexión entre derechos fundamentales y procedimiento democrático.

158. Como concebe HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 288.
159. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 467-482.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 421 5/3/2007 12:34:51

.....

> Por una parte, abren la posibilidad de una participación legislativamente relevante en el proceso de formación de la voluntad y, por otra, en tanto derechos fundamentales, fijan restricciones a la competencia del legislador.

Efetivamente, as potencialidades resultantes do conteúdo material do direito fundamental à processualização demandam uma séria de indagações, pelo que só se está procedendo a uma indicação de modo a ensejar uma mais apurada reflexão doutrinária, como a realizada por Canotilho[160].

De qualquer sorte, o seu núcleo normativo consiste na progressiva processualização da atuação do Poder Público, em quaisquer das suas funções, de modo a assegurar a participação dialógica e isonômica dos que estejam envolvidos pelo provimento final, participação esta que pode se dar, em determinados casos, diretamente, ou por via representativa, o que depende do referencial material a que esteja ligado o processo, em cada situação específica.

Ademais, comporta uma dimensão que proíbe o retrocesso social na medida em que a participação dialógica relacionada à concretização e realização dos direitos fundamentais não pode contrariar a continuidade progressiva ínsita às estruturas processuais, como se se operasse uma preclusão diante da consecução de um determinado nível de emancipação social.

Registre-se, ainda, que a adoção de formas processuais dialógicas atende aos postulados da hermenêutica filosófica, pois, além de significar o processo, com a dimensão axiológica e emancipatória que lhe foi atribuída, uma fundamental garantia de proteção, realização e concretização dos direitos fundamentais, é o ambiente em que se dá a compreensão/interpretação/aplicação, dirigida ao caso concreto e mediada pelo interpelar proveniente do horizonte histórico do texto.

4.4. Fundamentação material

Diante do quanto exposto, não se pode admitir uma concepção meramente formal de processo, sendo necessária uma concepção material que a dirija.

Adiante-se que o reconhecimento de que as teorias processuais ou procedimentais operam no plano epistemológico e filosófico não afasta o relevo do seu

160. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75/84.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 422 5/3/2007 12:34:52

tratamento, ainda que sintético, no presente estudo, pois a processulização traz consigo uma concepção de justiça subjacente, que não pode distanciar-se dos direitos fundamentais de que se constitui expressão.

De logo, Canotilho já reafirma que a "participação *no* e *através* do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material.[161]"

Ainda quando tratando dos procedimentos jurisdicionais e administrativos, Alexy[162] expõe à polêmica entre procedimentalistas e substancialistas, como se verifica abaixo, *in verbis*:

> Existen dos modelos fundamentalmente diferentes de la relación entre el aspecto procedimental y el material. De acuerdo con el primer modelo, la correción del resultado depende exclusivamente del procedimiento. Si el procedimiento ha sido llevado a cabo correctamente, el resultado es correcto. No existe un criterio independiente del procedimiento para juzgar acerca de la correción. De acuerdo con el segundo modelo, existen pautar de correción independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta correción en la mayor medida posible, como así tambíen para llenar los campo de acción que dejan libres estas pautas.

O aludido conflito jusfilosófico também é abordado por Canotilho[163] que, recorrendo à exposição de Alexy, considera encerrar a questão o confronto entre uma concepção de justiça enquanto legitimidade procedimental, pelo que "a justeza dos resultados depende apenas do procedimento/processo, entendendo-se que se o procedimento é justo, justo será o resultado", e a de um modelo de justiça material, em que "o procedimento é um meio para se alcançarem resultados justos, mas os direitos fundamentais compreendem-se como dimensões subjectivas autónomas separadas dos instrumentos procedimentais.

Com o próprio Canotilho[164], pode-se inferir a impossibilidade de ignorar a necessidade de uma concepção material subjacente ao direito fundamental à processualização.

---

161. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p. 158.
162. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 472.
163. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p 156-157.
164. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 423 5/3/2007 12:34:52

Nesse sentido, Arthur Kaufmann[165], opondo-se a uma leitura meramente formalista de uma teoria processual de justiça, assenta o processo numa dimensão material, criticando a concepção de racionalidade discursiva de Alexy, segundo a qual se teria uma "teoria cem por cento processual".[166]

Destacando o valor heurístico do processo, e reconhecendo que a verdade se manifesta no e através do processo[167], afirma a debilidade de tais teorias na crença que lhes inspira de que poderiam renunciar à experiência e aos conteúdos, do que se extrai a necessidade de que se compreenda a processualização não sob os paradigmas das teorias processuais puras, mas fundada na pessoa, não sendo tarefa apenas da filosofia do direito o seu desenvolvimento, incumbindo a todos a quem se confia o direito, invocando Gadamer mostrar a proximidade entre tradição e razão, pelo que fundamenta o direito, enquanto historicidade, como direito humano.

Alexy parece admitir uma concepção formal do processo, enquanto meio de realização institucionalizado do direito, entendido justo se e enquanto referido à correção na distribuição e compensação de bens entre os que integrem o discurso, exaltando a crença na racionalidade do discurso, que reputa suficiente para iluminar as concepções admissíveis de justiça e rechaçar as que não o sejam[168].

Não obstante isso, afigura-se injusta a atribuição de Alexy como adepto das teorias processuais meramente formais, pois, embora adote a perspectiva discursiva, entendendo que o discurso racional propicia, pela sua processualização, a instituição da justiça como correção, afirma ser imprescindível que os problemas da processualização sejam respondidos a partir de uma teoria de conteúdo[169], onde, a despeito de conceber o pluralismo, sustenta que algumas convicções normativas são muito fortes e estão suficientemente fundadas para resistir a argumentos, como as liberdades garantias pelos direitos fundamentais e o âmbito da competência democrática[170].

Ademais, Alexy rejeita as concepções meramente formais de processualização ao explicitar o seu entendimento de que os direitos fundamentais são processuais ao assegurar a participação direta e indireta no processo democrático, mas,

---

165. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 425-435.
166. Ob. cit., p. 426.
167. O que pressupõe uma compreensão de processo como ambiente de compreensão/interpretação/aplicação mediante a atividade dialógica do perguntar desenvolvido lingüisticamente.
168. ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005, p. 63.
169. Ob. cit., p. 62-63.
170. Ob. cit., p. 65.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 424 5/3/2007 12:34:52

ao impor limites materiais a esses procedimentos são não-processuais, não sendo possível substituir as exigências jusfundamentais do processo pelas exigências justfundamentais do conteúdo da decisão, pois nem tudo que pode ser resultado de discussão e votação é constitucionalmente possível.[171]

No mesmo sentido, Arnaldo Miglino salienta que, ainda sob a prevalência do caráter democrático do procedimento do que de sua relação com os direitos fundamentais, assinala que democracia não é apenas procedimento, sendo, talvez, o mais importante, mas não o único, revivendo a concepção de democracia ateniense para exaltar a relevância dos direitos e liberdades fundamentais.[172]

Ora, num Estado Democrático de Direito cuja Constituição revela caráter dirigente, o procedimento não pode se autonomizar e constituir-se elemento fundamental de redução da complexidade, como sustenta Luhmann, ou pela estabilização das expectativas e desenvolvimento da razão discursiva, conforme Habermas, ou, ainda, na feição estritamente assecuratória das minorias, na esteira de John Hart Ely, sendo esta também a posição do próprio Alexy.

Bruno Romano, analisando a questão do procedimentalismo no âmbito da teoria funcional, rechaça a visão procedimental do direito, por considerá-la referida a um fundamentalismo funcional, destaca que "as regras dos procedimentos são os procedimentos das regras"[173].

Há, então, uma imbricação entre regras conteúdisticas e procedimentos pelo que as regras são conteúdo dos procedimentos e, por sua vez, são formativas do procedimento, enquanto os procedimentos são formativos das regras e demarcam o seu conteúdo.

E dos constitucionalistas que se detiveram na defesa de uma concepção substancial inerente ao processo, destaca-se Laurence Tribe, num artigo em que rejeita a leitura procedimentalista da Constituição americana[174].

Tribe[175] reconhece que o aperfeiçoamento do processo decisório é radicalmente indeterminado e incompleto, salientando que a temática processual não

171. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 473.
172. MIGLINO, Arnaldo. *A Democracia não é apenas Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2006.
173. ROMANO, Bruno. *Sulla Visione Procedurale del Diritto: Saggio sul Fndamentalismo Funzionale.* Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 46.
174. TRIBE, Laurence. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In Readings in the Philosophy of Law. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.
175. Ob. cit., p. 372.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 425 5/3/2007 12:34:52

determina quase nada a menos que sejam especificadas as suas proposições e que seu conteúdo seja complementado por uma teoria de direitos e valores substantivos.

Considera que, por mais procedimental que sejam, não podem ignorar o aspecto axiológico que subjaz ao seu conceito, como se verifica do excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

> Mas nossa realidade constitucional põe problemas ainda mais profundos para as teorias procedimentais. Até mesmo as prescrições constitucionais que sejam mais pertinentes ao procedimento não podem ser adequadamente compreendidas, muito menos aplicadas, sem que haja uma teoria dos direitos fundamentais desenvolvida que resguarde as pessoas contra o Estado – uma teoria cuja derivação demanda precisamente tipos de opções quanto a controvérsias substanciais que os procedimentalistas estão ansiosos para deixar ao eleitorado e a seus representantes.

Assevera[176] que tanto no processo judicial – seja criminal, seja civil, seja administrativo – quanto quando a constituição disciplina o processo político-eletivo, embora o objeto seja o processo, isso não significa que o sentido e a proposta das prescrições constitucionais seja meramente processual, pois não há fundamento para sustentar que as respectivas normas sejam ou devam ser axiologicamente neutras em matéria substancial.

Nesse sentido, afirma que a dicotomia entre o processo político-representativo e o processo judicial só pode ser percebida se devidamente atrelada a uma teoria substacialista, pois do contrário não se poderia definir de que forma a participação deveria se realizar, se apenas com o direito de se manifestar ou se com o direito ao voto, o que decorre da dificuldade da definição de como devem ser considerados os indivíduos diante das ações governamentais, se em massa em individualmente, o que ocasiona a inconstitucionalidade de algumas leis por não atentarem a albergar a participação do indivíduo enquanto tal. – Audiências públicas e questão da democracia participativa.

A questão sobre qual o tipo de participação a constituição requer uma análise não apenas da eficácia da alternativa do processo – se judicial ou se político-representativo –, mas também do caráter e da importância dos interesses em jogo – seu papel na vida do indivíduo enquanto indivíduo.

A aludida análise impõe uma teoria de valores e direitos tão evidentemente substantiva – e com as mesmas funções – como as que são desenvolvidos a partir das prescrições constitucionais sobre propriedade, escravidão e religião,

176. Ob. cit., p. 375-376.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 426 5/3/2007 12:34:52

exemplificando com a análise às garantias processuais do acusado no processo criminal, que se referem à privacidade e sem a qual não podem ser devidamente compreendidas.

Ou seja, Tribe destaca a relevância de se perceber que o formalismo e o procedimento, com suas prescrições garantísticas e suas estruturas, só podem ser compreendidos tendo em vista a perspectiva substantiva a que estão servindo, a quais direitos ou princípios se relacionam enquanto forma de proteção ou de realização.

As garantias processuais do devido processo não significam simplesmente a proteção de qualquer direito conferido pela legislação ou pela administração pública, pois se assim fosse, seria possível estruturar o procedimento de acordo com a livre opção da autoridade competente, o que importaria na redução da garantia constitucional, admitindo a possibilidade de instituição de qualquer processo que fosse definido como devido, sem atentar o legislador para os paradigmas axiológicos a que deve estar vinculado pelo aspecto referencial do processo ao direito material.

A relevância da defesa de uma concepção material a que se refira a processualização dos procedimentos, resultante do direito fundamental à processualização, é destacada diante das três dificuldades aduzidas por Tribe para a redução dos direitos fundamentais a mero procedimento, enquanto canais de acesso e participação.

A primeira seria o próprio caráter indefinido de abertura e desobstrução dos canais participativos, considerados um fim em si mesmo, pois a participação de todos se justifica a partir de uma perspectiva substancialista

A segunda dificuldade consiste na impossibilidade de distinção dos instrumentos de persuasão no âmbito dos canais de participação.

De outra parte, há, ainda, o problema de que a sociedade modela o estado quase tanto quanto o estado modela a sociedade, pois a ação governamental define expectativas, confere legitimidade e estabiliza o *status quo*.

Ao assim proceder, o estado interfere e afeta as concepções que prevalecem majoritariamente na sociedade, gerando uma adesão às ações e políticas governamentais pela circunstância da maioria compartilhar dessa perspectiva, o que poderia reduzir consentimento e representação a idéias vazias, podendo o governo conformar a vontade dos governados de acordo com a imagem daqueles que governam, além do problema do conformismo[177].

177. Ob. cit., p. 387.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 427 5/3/2007 12:34:53

Por conseguinte, não se revela constitucionalmente adequadas as concepções processuais ou procedimentais que se embasam numa concepção meramente formal, obnubilando a relação entre processo e direitos fundamentais, destacada justamente a partir da compreensão da dimensão processual que eles portam, e de que deriva o direito fundamental à processualização.

O direito fundamental à processualização, antes de ser importante pelo seu caráter heurístico e por possibilitar a racionalidade discursiva, ou a redução da complexidade social, ou por geral a aceitação das decisões pela observância do procedimento anteriormente positivado, apresente importância fulcral como expressão do caráter emancipatório e inclusivo que deve ser atinente a todos os direitos fundamentais, não se coadunando com as teorias formais de justiça processual, conseqüentemente.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como desiderato afirmar a existência de um novel direito fundamental, consubstanciado no direito fundamental à processualização, estando lastreado no texto constitucional pela interação dos dispositivos que consagram os direitos fundamentais, ao serem portadores de uma dimensão processual ou *status processualis*, com o devido processo legal, abrigando-se pelas cláusulas constitucionais de abertura do catálogo de direitos fundamentais.

Não apenas a sua afirmação, mas também o delineamento inicial de seu conteúdo material, a fim de ressaltar a potencialidade das funções que lhe podem ser conferidas, agregando ao processo não apenas o caráter garantista e protetivo, mas também de realização e concretização dos direitos fundamentais numa perspectiva inclusiva, emancipatória e evolutiva.

Para tanto, pretendeu-se promover uma concepção que integrasse tanto as contribuições da teoria geral do processo, caracterizadoras do processo como procedimento em contraditório e que ensejam a percepção de sua difusão para além da atividade jurisdicional e do próprio processo administrativo, como os desenvolvimentos do constitucionalismo quanto à dimensão processual e organizativa dos direitos fundamentais.

A defesa de um direito fundamental à processualização trouxe, também e obrigatoriamente, a importância de assentar que, ao relacionar-se e derivar dos direitos fundamentais, não lhe poderia ser conferida uma leitura meramente formal, adentrando no plano epistemológico e filosófico para rejeitar as teorias procedimentalistas formais e qualquer concepção meramente procedimental ou processual da constituição.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 428 5/3/2007 12:34:53

Ainda que se esteja numa sociedade pluralista e que existam valores, interesses e ideologias diversos, contrários e concorrentes, não se pode diluir a força normativa da materialidade constitucional em participação procedimental, tendo qualquer processo uma referência material ineliminável que estabelece os seus contornos, a forma e as condições de participação e, ao mesmo tempo, delimita o âmbito do constitucionalmente possível no que atine ao provimento final.

Destarte, a processualização afirmada não é concebida apenas como forma de proteção ou de defesa dos direitos fundamentais, encerrando um caráter de realização e concretização que lhe conferem uma dimensão emancipatória da pessoa humana, dirigindo-se à promoção da sua dignidade nos marcos do regime republicado.

Sem a percepção desta relação material que subjaz à processualização, todo o relevo acentuado fica prejudicado e o processo, avançando e se estendendo a âmbitos outrora procedimentais, não teria qualquer valor constitucional, pois onde a pessoa humana não é considerada como referência axiológica e fundamental, não há constitucionalismo e nem processo devido, mas apenas arbítrio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *ElConcepto y la Validez delDerecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Derecho y Razón Práctica.* Cidade do México: Fontamara, 2002.

_____. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

_____. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005.

ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil.* Madri: Trotta, 1994.

ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 429 5/3/2007 12:34:53

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito Processual Constitucional*. Belo Hozironte: Fórum, 2006.

BEIGNIER, Bernard. *Procédure Civile et Droit Constitutionnel*. In DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien *et* MOLFESSIS, Nicolas. *La Legitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel.* Paris: Econômica, 1999.

_____. *Droits Fondamentaux et règles principales du procès civil.* 3. ed. Paris: Montchrestien, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CALMON DANTAS, Miguel. Direito à Constitucionalização dos Direitos. *In* LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos Constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 270-317.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d.

_____. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Constituição e Défice Procedimental In Canotilho, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *'Brancosos' e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 430 5/3/2007 12:34:53

_____. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Controle das Omissões do Poder Público.* São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Processo Civil.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*: *O Juízo de Admissibilidade do Processo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I.

DIMOULIS, Dimitri *et* MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Ëcio Oto Ramos et POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUTT, Carsten. *En Conversación con Hans-Georg Gadamer: Hermenéutica, Estética y Filosofia Práctica*. Madri: Tecnos, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13.

_____. *Processo e procedimento (teoria geneale)*. Enciclopédia del Diritto, v. XXXV, 1986, p. 819-836.

_____. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard *et alli*. *Droit Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Dalloz, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y l a Filosofia del Derecho.* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2001.

_____. *Direito e Razão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Fernão Borba. *A fórmula do devido processo legal*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1999, n. 94.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 431 5/3/2007 12:34:53

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *El Giro Hermeneutico*. Madri: Catedra, 2001.

_____. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* Salamanca: Alianza, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Willian Couto. *Filosofia do Direito Processual.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2005.

GOZAÍNI, Osvado Alfredo. *Introdución al Derecho Procesal Constitucional.* Santa-Fé: Rubinzal-Culzone, 2006.

GRECO, Leonardo. Contraditório. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo-Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 156.

GUASTINI. Ricardo. *Estúdios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001.

GUASTINI. Ricardo. *Das Fontes às Normas.*São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002.

_____. *L'etat Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

HEIDEGGER, Martín. *Ser e Tempo*. T. I. 15. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 432 5/3/2007 12:34:54

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre*: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 2003.

_____. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales.* 7. ed., Madri: Tecnos, 1998.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

MIGLINO, Arnaldo. *A Democracia não é apenas Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003.

_____, *Que és filosofia*. Madri: Alianza, 2005.

PALMER, Richard. *Que es la Hermenéutica?* Madri: Arcolibros, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 433 5/3/2007 12:34:54

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROLLA, Giancarlo. *La Tutela Costituzionale dei Diritti*. Milão: Giuffrè, 2005, v. III.

ROMANO, Bruno. *Sulla Visione Procedurale del Diritto: Saggio sul Fndamentalismo Funzionale.* Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit du Contentieux Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Montchrestien, 2006.

SAJÓ, András. *Limiting Governmente: An Introduction to Constitucionalism.* Budapeste: Central European University, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

_____. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: Ltr, 1999.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 434 5/3/2007 12:34:54

differentz) entre texto e norma. In COPETI, André; STRECK, Lenio Luiz *et* ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRIBE, Laurence. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In Readings in the Philosophy of Law. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.

_____.*American Constitucional Law.* 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, v. I.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VÉLEZ, Maria Isabel Alvarez; et YUSTAS, Mª Francisla Alcón. *Las Constituciones de Los Quince Estados de La Unión Europea*. Madri: Dykinson, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 435 5/3/2007 12:34:54

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 436 5/3/2007 12:34:54

Capítulo XVII
A competência constitucional do Estado membro para legislar sobre processo

*Patrícia da Costa Santana**

Súmario • 1. Apresentação. 2. Introdução. 3. Processo e procedimento: da cisão à reunião dos conceitos. 4. A Função do processo e o papel do procedimento. 5. A Competência concorrente do Estado-Membro para legislar sobre procedimentos em matéria processual. 6. Aprofundando a questão das normas gerais. 7. A Competência concorrente do Estado-Membro para legislar sobre processo. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

1. APRESENTAÇÃO

Trata-se de monografia que visa abordar o tema da permissão constitucional para o Estado membro da Federação Brasileira legislar sobre procedimento.

A análise será desenvolvida a partir do desenvolvimento de idéias iniciais sobre a conceituação de processo e procedimento e suas distinções. A seguir falar-se-á sobre a previsão normativa constitucional que outorga ao Estado Federado a competência para legislar em assunto de procedimento, enquanto categoria geral. Ao final serão desenvolvidas idéias que encontram amparo em processualistas nacionais, no sentido de defender a possibilidade de o Estado-membro estabelecer a disciplina do próprio processo.

A pesquisa envolveu a análise do pensamento expresso em livros e monografias de autores que se dedicam aos assuntos, publicadas em revistas especializadas, além da legislação brasileira constitucional e infraconstitucional.

2. INTRODUÇÃO

Sobre as categorias jurídicas processo e procedimento muito já se escreveu, debateu, replicou, mas ainda há, sempre, algo a dizer. O tema é sempre atual, daí a justificativa para se continuar a estudá-lo.

É tema também potencialmente fomentador de acirradas discussões. Em especial quando se trata de emoldurar o tratamento do assunto com a conformação constitucional.

---

* Procuradora federal. Mestranda em Direito Público pela UFBA.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 437 5/3/2007 12:34:54

Segundo ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Dinamarco[1] a Constituição Federal de 1988 incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas como instrumento público de realização da justiça[2] e, reconhecendo esta relevância, atribui à União a competência para legislar sobre o direito processual e à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente, competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Essa dicotomia parece simples de se realizar, tendo em conta a distinção constitucional, mas na prática, e como pretendemos demonstrar ao longo da exposição, não é fácil de efetuar. A matéria, apesar do interesse que deveria despertar, tem atraído poucos estudos que aprofundam a questão.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "Direito Processual é o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal". [3] A noção de direito processual aproxima-se, assim, da noção de processo pela sua finalidade e veremos, da noção de procedimento.

No presente trabalho, objetiva-se remeter o leitor a estudo interdisciplinar do direito constitucional e da teoria geral do processo, no particular da permissão constitucional conferida ao Estado-membro para legislar sobre procedimento em matéria processual.

Ao final pretende-se, se não uma contribuição inovadora, a partir da apreciação da legislação constitucional brasileira revogada e da vigente, ao menos

---

1. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 80.
2. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO. Ob. Cit., p. 40, entendem que o direito processual é do ponto de vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material. Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu poder. E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial, assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à "ordem jurídica justa".
3. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37. O autor aqui assimila o conceito de direito processual ao de processo, em uma de sua acepções, como deixa claro no 2º volume da mesma obra, p. 23.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 438 5/3/2007 12:34:55

uma sistematização da análise e demonstração de que a natureza jurídica do procedimento comporta em todos os ramos do direito processual a atuação legislativa criadora do Estado-federado na categoria de processo mesmo.

3. PROCESSO E PROCEDIMENTO: DA CISÃO À REUNIÃO DOS CONCEITOS

É preciso inicialmente dizer que processo foi, durante muito tempo, associado exclusivamente à função jurisdicional, uma vez que era visto como o modo peculiar de atuação do Poder Judiciário.[4-5] Somente a partir da década de 50 do século passado que o fenômeno processual passa a abranger também as demais funções estatais, deixando de ser entendido como o modo de atuação do Poder Judiciário e passa a ser concebido como o modo de exercício do poder estatal.[6]

Neste sentido colhe-se a lição de Elio Fazzalari, quando diz que "se il processo è il modelo elettivo delle attività giurisdizionali, queste ultime non ne detengono la esclusività".[7]

É forma de contenção do poder estatal[8] e pode se manifestar em todas as atividades estatais[9]. "O processo é o meio de assegurar que os agentes públicos ajam segundo os deveres-poderes que lhes foram atribuídos e não motivados por razões pessoais e subjetivas".[10]

---

5. Assim ainda pensam José Frederico Marques e Ovídio Baptista da Silva, segundo informa HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 43.
6. Embora refira MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 455, que, em 1927, já advertia Merkel que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional.
7. FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. (verbete) *Novíssimo Digesto Italiano*, vol. 13. Turim: UTET, 1966, p. 1068.
8. De BARRY, Brian. Procedimento e Justiça Social. In MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003, p. 265, colhemos, de artigo em que se discute, acerca da tomada de decisões políticas, a justiça da decisão, que: "A autoridade de uma lei realmente depende de ela ter sido produzida em conformidade com procedimentos delegados através da constituição".
9. COSTA, José Marcelo Ferreira. O Aspecto Semântico do Processo e do Procedimento no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 237, p. 341-364, jul/set. 2004. Ver também GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 114-115.
10. HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 47-48.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 439 5/3/2007 12:34:55

Processo é palavra gênero e existe sempre se o procedimento[11] se realiza em contraditório[12], e engloba: o processo legislativo, judicial, administrativo e negocial.[13]

No tocante ao âmbito judicial, conforme estabelecem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Dinamarco[14], foi o processo confundido com a simples sucessão de atos processuais[15-16]. Contudo a partir da obra de Bülow[17], passou a ser encarado como uma relação jurídica[18], ou, como um conjunto de vinculações jurídicas existentes entre as pessoas que dele participam.[19] Atribui-se a ele a clara, e clássica, distinção entre processo e procedimento.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é o modus operandi ou o aspecto exterior do fenômeno processual[20], a manifestação extrínseca deste, a sua realidade perceptível, ou conforme conceituação generalizada a "veste formal do processo"[21].

> A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação e atos que se sucedem.

---

11. Entendido segundo lições LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 39, de que "existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação esteriotipada e criam assim segurança, independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação. (...) Em resumo: seria com certeza falso interpretar o procedimento como rito nos atuais sistemas de decisão".
12. Direito de igual participação das partes que sofrerão as conseqüências do ato de poder.
13. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* 5ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 28.
14. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 275.
15. Que os autores assimilam a procedimento, afirmando mesmo que procedimento é o mero aspecto formal do processo, não se confundindo com este, como se vê às fls. 276 e 282, embora posteriormente na mesma obra estabeleçam, com fundamento na lição de Elio Fazzalari, diverso conceito para o termo – fl. 283.
16. Neste sentido cf. LUGO, *Andrea. Manuale Di Diritto Processuale Civile.* 2ª ed. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1958, p. 22;
17. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit, p. 63.
18. Em verdade, como mostra GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p 70 *et seq*., a teoria foi formulada por WINDSCHEID para a doutrina civilista.
19. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo. *Revista de Processo,* São Paulo, n. 124, ano 30, p. 291-300, jun. 2005.
20. ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 226-227.
21. COLUCCI, Maria da Glória e ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *Lições de Teoria Geral do Processo.* 4ª ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 121.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 440 5/3/2007 12:34:55

> Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. [22]

Similar é a noção que transmite Vicente Greco Filho, para quem:

> Do processo distingue-se o procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é algo mais profundo, uma verdadeira relação entre os sujeitos (...). [23]

Interessante a noção que expõe Rogério Ives Braghittoni, no sentido de que "é ele que dá configuração fática à abstração processual, ou melhor, ele permite (e disciplina) a fluência do abstrato e genérico para o fático e específico dentro do processo. O procedimento é o *exoesqueleto do processo*".[24]

Sobre essa divisão entre os conceitos, Aroldo Plínio Gonçalves diz que é a predominante na doutrina processual brasileira contemporânea, e que ela coloca o procedimento como técnica que disciplina em sucessão lógica o processo, enquanto ao processo é atribuída natureza teleológica.[25]

Cabe dizer que esta forma de encarar o procedimento corresponde, segundo Antonio Scarance Fernandes[26], a uma das fases da evolução do seu conceito, quais sejam: a) do praxismo, ou do procedimentalismo; b) do procedimento como expressão externa do movimento processual; c) do procedimento como expressão essencial da unidade do processo. Três momentos que fazem lembrar a sucessão que Aroldo Plínio Gonçalves assemelha à dialética da oposição, "em que a antítese se levanta contra a tese, para negá-la, até que advém o momento da síntese, que absorve as afirmações e as negações em uma nova tese".[27]

---

22. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 275. Em sentido similar encontra-se o verbete Procedimento no Dicionário Jurídico da ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. SIDOU. J. M. Othon (Org.). 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 688, expresso como complexo de regras em obediência a ritos, para que o processo atinja a sua meta ou no *Dicionário de Tecnologia Jurídica de Pedro Nunes,* 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 864, afirmado como o modo de agir, o rito, a marcha dos atos processuais, a forma legal a seguir para se instaurar e se desenvolver e terminar o processo. De acordo com GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 105, a posição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco se aproxima da adotada por Liebman, que promove cisão entre processo e procedimento. Sobre isso ver nota 13 supra.
23. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 35. Modo de ver o procedimento, a certo modo, e tendendo a um resultado final, corroborado por autores como MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 154 e 658 ou MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ob. Cit., p. 410 e 453.
24. BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado. A interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. *Revista de Processo.* São Paulo, n. 89, ano 23, p. 220-229, jan/mar. 1998.
25. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 65.
26. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.
27. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 67.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 441 5/3/2007 12:34:55

São de Antonio Scarance Fernandes as esclarecedoras palavras que, a seguir, explicam as três mencionadas fases:

> Na primeira fase, a do procedimentalismo, os estudos processuais giraram em torno do procedimento e, por isso, o processo era concebido em face dos atos que o compunham, da forma como eram realizados e da seqüência observada na sua tramitação.
>
> (...)
>
> A segunda fase corresponde ao período da afirmação científica do direito processual, cujo marco inicial foi a obra de Bülow. O processo passa a ser conceituado como relação jurídica, ficando o procedimento relegado a segundo plano nos estudos do direito processual.
>
> (...)
>
> Não houve mudança essencial na noção de procedimento em relação à fase anterior. A diferença está em que, antes, o procedimento constituía o próprio processo e esse passou, no novo período, a ser concebido como relação jurídica.
>
> (...) O procedimento era o modo de mover e a forma em que são movidos os atos do processo, enquanto o processo era a direção desse movimento.
>
> (...) Como visto, essa segunda fase foi marcada por visão essencialmente formal do procedimento, visto como uma seqüência de atos coordenados, produtores de efeitos meramente processuais. Faltava analisá-lo em seu conteúdo teleológico, em face do resultado a ser obtido com o conjunto dos atos processuais. [28]

Aqui cabe, de logo, observar que posta de lado, na análise, a discussão sobre a natureza jurídica do processo em suas muitas clássicas concepções,[29] e buscando abreviar o estudo, adotamos a concepção que o entende como relação jurídica e como procedimento[30-31].

4. A FUNÇÃO DO PROCESSO E O PAPEL DO PROCEDIMENTO

É o processo indispensável à função jurisdicional exercida com o objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei, na expressão de Cintra, Grinover e Dinamarco[32]. É instrumento através do

28. FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. Cit., p. 23-28.
29. Em especial as que, buscando a sua negação como relação jurídica, o explicavam como conexão de normas, situação jurídica, contrato, quase contrato, instituição, serviço público, etc.
30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.
31. Apesar da opinião de GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 132, que vê incompatibilidade nesses dois esquemas, não permitindo sua unificação conceitual.
32. CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 275.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 442 5/3/2007 12:34:56

qual a jurisdição opera, ou como dizem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição.[33]

É, de fato, "um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório".[34]

Cabe alinhar, para efeito de oposição, a lição de Calmon de Passos, para quem

> A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial. [35]
>
> (...)
>
> O processo, portanto, não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio *ser* do Direito. (destaque no original) [36]

Ocorre que o processo não é um fim em si mesmo, diz Fredie Didier Jr., mas técnica desenvolvida para a tutela do direito material. E prossegue o autor:

> O processo é realidade formal – conjunto de formas preestabelecidas. Sucede que a forma só deve prevalecer se o fim para o qual ela foi desenvolvida não lograr ter sido atingido. A separação entre direito e processo não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material.[37]

A lição dá conta de dizer expressamente que o papel do processo na construção do direito é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder[38]. Este também o sentido da lição de Calmon de Passos, a despeito das diferentes razões que expõe.[39]

---

33. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.
34. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* 5ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 43.
35. PASSOS, J. J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 68
36. PASSOS, J. J. Calmon de. Ob. Cit., p. 74.
37. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* 5ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 57-58.
38. Remédio contra eventual abuso, como assinala FAZZALARI, Elio. Ob. Cit., p. 1071.
39. PASSOS, J. J. Calmon de. Ob. Cit., p. 68-69.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 443 5/3/2007 12:34:56

O poder do Estado é exercido através de procedimentos, como o procedimento legislativo e o procedimento jurisdicional[40]. Tais procedimentos precisam ser legítimos, o que se verifica com a participação dos que são atingidos pelo seu exercício. No processo jurisdicional essa necessidade de participação é representada pelo contraditório.[41]

Também Candido Dinamarco[42] ensina que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um procedimento[43], caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório. Diz o autor que:

> Em tempos recentes presencia-se uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera seqüência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do processo como relação jurídica e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo. No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal.

Mais adiante o mesmo autor sintetiza:

> Nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesse de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório. Por outro lado, a exigência do contraditório constitui conseqüência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato

40. Cf. a respeito o que diz PASSOS, J. J. Calmon de. Ob. Cit., p. 73, quando diz que: "Nesta perspectiva, é perfeitamente adequado falar-se num devido processo legislativo, administrativo e jurisdicional, indispensáveis, para que se tenha como institucionalizado um Estado de Direito Democrático". Cabe a advertência que o autor usa, como deixa claro depois, indistintamente os termos processo e procedimento, atribuindo pouca importância à distinção nominal.
41. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.
42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 12ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 152-154.
43. Assinala-se a contribuição marcante para a renovação do conceito de procedimento de Elio Fazzalari, que caracterizou os provimentos como atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativas, administrativa ou jurisdicional, segundo GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit, p. 111-112.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 444 5/3/2007 12:34:56

> de poder, imperativo por natureza e destinação, donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo.
>
> (...)
>
> Realmente, sempre foi algo muito mal explicado a suposta distinção entre processo e procedimento, exposta sem a percepção de que este se integra por completo no conceito daquele.
>
> Mas agora vemos que o procedimento é o lado visível do processo, na experiência empírica; e que a sua adequação ao modelo procedimental traçado em lei é, em última análise, a observância do contraditório. A partir dessa visão do processo como entidade complexa pode-se agora perceber que ele inclui toda uma técnica, indispensável para a participação dos sujeitos em conflito. [44-45]

A respeito, sintética posição de J. J. Gomes Canotilho, diz que:

> o estudo das estruturas de procedimento e de processo constitucionais corresponde ao interesse destas estruturas como categorias jurídicas gerais (plano teorético-jurídico), como elementos de legitimação (plano teorético-político) e como dimensões necessárias do princípio do Estado de direito e do princípio democrático (plano jurídico-constitucional). [46]

A doutrina que afirma ser o processo como o procedimento realizado em contraditório[47] foi exposta por Elio Fazzalari[48], na Itália, e diz, repudiando a relação jurídica processual como característica do processo, que é a presença desta (relação) a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência do contraditório.[49]

Para o autor o processo consiste em uma ordenada seqüência de atos, em vista e até a conclusão de um ato final, na qual se contempla a participação do interessado, individuado, de regra, entre aqueles em cuja esfera jurídica acontecerá a eficácia daquele ato. Parte da inserção da categoria do processo[50] no quadro

---

44. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 161-162.
45. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 145, adotando inteiramente a lição de Dinamarco, no seu Instrumentalidade do Processo, diz que: "o processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento (e os outros são o contraditório e a relação jurídica processual)".
46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 935-936.
47. Pensamento adotado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 249.
48. Embora GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 64, afirme que quem primeiro conduziu esforço neste sentido tenha sido RENDETI.
49. Apud CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 283.
50. Fala o professor em módulo do processo. Ob. Cit., p. 1074.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 445 5/3/2007 12:34:56

geral da teoria do procedimento, termos cuja distinção tem o mérito atribuído à doutrina administrativa. Pode-se então, e segundo esta linha, dizer que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre sujeitos, de forma dialética. O processo seria uma espécie de procedimento, mas um procedimento qualificado pela participação (não episódica) dos que terão a esfera atingida com o ato, de forma a atuar efetivamente, em posição de paridade, qualificado, pois, pelo contraditório, que consiste em ação, reação e controle recíprocos. Esta a sua conotação específica.[51]

Marcos Bernardes de Mello define o procedimento como um ato-complexo[52]. Trata-se, pois, de ato jurídico:

> …cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. No ato-complexo há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais relacionam-se entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim. [53]

É o procedimento ato-complexo de formação sucessiva, "porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional".[54]

Cabe expressar a advertência de Calmon de Passos, citando Giovanne Conso, que diz que o que ocorre no procedimento não é uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo.[55]

Neste sentido cabe dizer que o processo é, segundo corrente que expressa o terceiro momento da sucessão falada por Scarance, também e inegavelmente procedimento, segundo Fredie Didier.[56]

Para Jônatas Luiz Moreira de Paula, "o estudo do processo pode ser encarado sob dois ângulos, um vinculado ao procedimento, concebido como ângulo interno, e outro vinculado aos fins sociais, concebido como ângulo externo". [57]

---

51. FAZZALARI, Elio. Ob. Cit., p. 1068-1069, 1072.
52. Sabendo da discordância que apresenta MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. Cit., p. 458, que atribui ao ato complexo a característica da formação em que se conjugam duas manifestações de vontade, provindas de órgãos distintos.
53. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – plano da existência.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.
54. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17-19.
55. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.
56. DIDIER JR., Fredie. Ob. Cit., p. 19.
57. PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2002, p. 137.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 446 5/3/2007 12:34:56

Também Kazuo Watanabe adota tal linha ao afirmar que, sem a noção de procedimento, afigura-se bastante difícil compor um conceito preciso de processo, pois é o procedimento[58] que dá a própria estrutura da relação jurídica processual, que por meio dele assume uma configuração definida. E completa dizendo que "sem ele, a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme e sem ossatura". [59]

Da lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart extrai-se, em exemplar similar simbiose entre os termos, que "o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição da República, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional".[60]

Como expõe Cândido Rangel Dinamarco

> Esse modo de ver o processo corresponde ao pensamento mais moderno da teoria processualista e é de cômoda assimilação na teoria do Estado e do poder. Diz-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do instrumento da jurisdição; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. O fascínio que acompanha essa colocação está ligado, aliás, ao importante sinal metodológico que contém e que é a visão do processo mesmo (como instituto jurídico) e do sistema processual a partir de um ângulo externo, ou seja, a partir de uma exigência política formulada a nível constitucional. Procedimento e contraditório fundem-se numa unidade empírica e somente mediante algum exercício do poder de abstração pode-se perceber que no fenômeno processo existem dois elementos conceitualmente distintos: à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. [61]

---

58. O conceito do autor é o de que o procedimento é como um iter a ser seguido para se atingir uma meta, que preestabelece os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal e tudo o mais que a relação jurídica processual deverá ter em sua manifestação em concreto. *Da Cognição do Processo Civil.* 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 141.
59. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 140.
60. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. Cit., p. 70. Luiz Guilherme Marinoni declara, em outra obra, que "o procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos". MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 192.
61. DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 160-161.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 447 5/3/2007 12:34:57

Expressa Gomes Canotilho[62] que: "Fala-se hoje numa tendencial desvalorização da distinção entre procedimento e processo em virtude de o procedimento formalizado se ter transformado no modo geral de desenvolvimento das actividades públicas".[63]

Nesta perspectiva em que, após a apreensão das lições de Niklas Luhman, que considera o procedimento elemento de legitimação do poder decisório do Estado[64], passou-se a entender que há um direito ao procedimento, caracterizado mesmo como um direito fundamental[65], resulta que é fundamental entender a importância que se deve conferir ao preceito constitucional e à competência legislativa estadual.

Mas como fica neste quadro, em que aparece redimensionado o conceito de procedimento[66], a previsão constitucional que atribui aos Estados competência concorrente com a União para disciplinar procedimentos em matéria processual?

5. A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL

Matéria processual[67] aqui pode ser entendida como toda matéria que diga respeito à conformação do poder. Veja-se que a Constituição não fala em matéria de direito processual civil ou penal, mas em matéria processual. Então se pode entender aplicável aos processos legislativos e administrativo e mesmo ao negocial. Pode-se falar assim, num Código de Processo Estadual.

É mais fácil ver aplicável a previsão nos dois primeiros casos, em que é perfeitamente admissível pensar um processo legislativo estadual ou um processo administrativo estadual. Senão o que seriam as leis estaduais que prevêem

62. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit., p. 938.
63. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ob. Cit., p. 460, fala do relevo do procedimento decorrer do fato de ser um meio apto a controlar o iter de formação das decisões estatais.
64. LUHMANN, Niklas. Ob. Cit. Passim.
65. Neste sentido ver o que diz ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2002, p. 454-481. "Normas de direito contratual e processual definem igualmente procedimentos: as primeiras estabelecem como pode criar-se uma obrigação contratual; as segundas como pode criar-se uma sentença. Ao mesmo tempo, o conceito amplo de procedimento mostra claramente que é o relevante para a idéia do procedimento no âmbito dos direitos fundamentais".
66. Importante núcleo metodológico para o estudo do processo moderno, e que está intimamente ligado aos conceitos de cognição e de tutela jurisdicional, como elucida DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.
67. Processo como uma noção de teoria geral como diz FAZZALARI, Elio. Ob. Cit., p. 1069, ao trazer exemplos de procedimentos administrativos organizados em forma processual em Países com a Áustria, os Estados Unidos e mesmo a Itália.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 448 5/3/2007 12:34:57

processos de licitação[68], ou aquelas que disciplinam as relações travadas entre a Administração e os seus servidores civis, a conformar a aplicação de sanções ou o reconhecimento de direitos, ou entre a Fazenda Estadual e os contribuintes, para promover a exigência de tributos, ou entre a Administração e os interessados na obtenção de concessões, licenças, permissões etc.?

Sobre o assunto, José Marcelo Ferreira Costa, afirma que:

> É de se concluir que cada ente porta competência para legislar a respeito do processo no âmbito da sua esfera política-administrativa.
>
> (...)
>
> O art. 22, da Constituição Federal, diz que a União detém competência privativa para legislar sobre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho". De primeira leitura, poder-se-ia pensar que somente a União (ressalvada a especial hipótese do parágrafo único do citado artigo) teria competência para legislar sobre processo administrativo.
>
> A isolada interpretação exegética deve ser afastada, pois seria o mesmo que sustentar a atribuição da União para editar a legislação nacional sobre o processo administrativo. Contudo, certamente não foi esta a opção do legislador constituinte. Assome-se que, se provável jurista pretender descrever o fenômeno processual de maneira tão inadequada, no âmbito da função administrativa, estaria admitindo uma nítida invasão por parte da União Federal, na esfera de autonomia dos demais entes políticos, posição esta totalmente embriagada de vícios quanto à sua constitucionalidade. [69]

Deve-se temperar a lição com a clara noção de que ela se faz à luz da autonomia político-administrativa de que gozam, e devem ver respeitados, os entes integrantes da Federação Brasileira e de que o autor compreende que a inscrição do art. 22, I, da CF/88 confere à União atribuição para legislar sobre direito processual civil e penal[70]. Mas de qualquer modo sinaliza para a possibilidade de entender-se que não é monopólio da União legislar sobre processo, enquanto categoria geral.

Não tendo sido esta a intenção do legislador do texto constitucional e restando a análise da questão enquanto manifestação de processo no âmbito judicial, do modo de proceder em cada tipo de processo[71], temos, ainda, ser possível falar-se em um código de processo estadual.

---

68. A Lei nº 8.666/93 é lei geral de licitação, conforme previsão do art. 24, da CF/88.
69. COSTA, José Marcelo Ferreira. O Aspecto Semântico do Processo e do Procedimento no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 237, p. 341-364, jul/set 2004.
70. No mesmo sentido ver ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 152.
71. Como entende PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 78-79.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 449 5/3/2007 12:34:57

Visão da diferença entre processo e procedimento e da distinção no tratamento constitucional tem Vicente Greco Filho[72], para quem o direito processual, propriamente dito, está regulado em lei federal, em virtude da competência da União para legislar sobre essa matéria, conforme dispõe o art. 22, I, da Constituição da República. É competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), devendo entender-se "procedimentos em matéria processual" os procedimentos administrativos de apoio ao processo e não o "procedimento", que é indissociável do direito processual.[73]

O autor não chega a dizer o que exatamente entende por procedimentos administrativos de apoio ao processo, ainda que entenda caber ao Estado legislar sobre Organização Judiciária, o quadro judiciário e carreira da magistratura estadual, o que parece se circunscrever ao contido no art. 125 da CF/88, de modo que permanece obscura a lição.

Temos que não podem ser acrescentadas palavras ao texto constitucional de forma a alterar o seu sentido. Se quisesse a Constituição falar em procedimentos administrativos de apoio assim teria dito. No mais, não seriam estes procedimentos de apoio matéria já contemplada no inciso que fala da organização judiciária?

Neste ponto, invoca-se o ensinamento do Constitucionalista Jorge Miranda, que leciona que:

> A coexistência de várias ordens jurídicas no interior do Estado federal não se presta a uma fácil explicação dogmática. Ela tem, contudo, de se procurar na relação entre a Constituição federal e as Constituições dos Estados federados; envolve supremacia, mas em termos de supracoordenação; e exige uma **visão conjugada de normas e competências**.[74] (Destaques incluídos)

É exatamente o que se deve realizar no tocante às competências concorrentes. Em face do contido no art. 24, da CF/88

> …subsiste em mãos do Estado-Membro dois poderes. O poder, em primeiro lugar, de complementar (competência complementar) as normas editadas pela União (à União cabe editar, sobre tais matérias, apenas normas gerais). E mais, à falta da norma geral, o poder supletivo de exercer competência legislativa plena. É claro que, nesse último caso, conforme dispõe o § 4º do art. 23 da CF, "a superveniência

72. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 70.
73. Com esta lição concorda COSTA, José Marcelo Ferreira. Ob. Cit.
74. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo III, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 295.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 450 5/3/2007 12:34:57

> de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário". [75]

Acerca da competência concorrente, dizem os §§ 2º e 3º do art. 24 que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades. Trata-se da técnica vertical de repartição de competências.

> A estruturação da competência concorrente foi idealizada, no artigo 24 da Constituição, com o objetivo de buscar alternativas para a descentralização do federalismo brasileiro, atenuando o grau de autonomia dos Estados-membros, sem, contudo, causar prejuízo ä previsão de diretivas nacionais homogêneas, necessárias para a integração do país. [76]

É Raul Machado Horta que em obra coletiva[77], nos adverte para o fato de que

> …no federalismo contemporâneo, a legislação concorrente tornou-se o domínio predileto para o desenvolvimento e ampliação dos poderes legislativos do Estado-membro e do Município, em território comum ao da União, desfazendo a tendência centralizadora do federalismo centrípeto, para explorar, em profundidade, as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio.[78]

Nesta perspectiva de ampliação de competências e visando promover a adequação das previsões jurídicas às realidades regionais[79], não vemos óbice a que seja elaborado, não apenas um procedimento diferenciado por Estado-membro, mas um Código de Processo Estadual.

---

75. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional.* (E de Teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, 72.
76. CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo,* São Paulo, n. 92, ano 23, p. 244-261, out./dez. 1998.
77. HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 461-472.
78. Dizendo isto o autor se referia ao art. 24, da Constituição Federal, afirmando que regras especiais estabelecem o convívio no condomínio legislativo, no qual os ordenamentos parciais dos Estados e do Distrito Federal desdobram a legislação federal de normas gerais e embora tratasse no texto mais especificamente do princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário, refere expressivamente que a sua introdução no ordenamento jurídico do Estado Federal permitirá a esquematização de nova repartição de competências, para redimensionar os poderes da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, constituindo oportunidade para submeter a repartição a maior grau de descentralização, mediante o deslocamento de competências, a criação de competências novas e a intensificação da participação de ordenamentos parciais nas decisões do ordenamento central.
79. "No Brasil, o grau de assimetria dentre os Estados-membros também decorrer da sua própria natureza, que aqui diz respeito às diferenças socioeconômicas e culturais. Todavia, esquecendo-se a assimetria de fato, o sistema federativo brasileiro insiste num contra-fático construtivismo centralizador..." ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 394.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 451 5/3/2007 12:34:57

6. APROFUNDANDO A QUESTÃO DAS NORMAS GERAIS

Tal Código teria a característica de norma de caráter complementar e visaria especificar a instituição de normas gerais pela União.

> A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas supra se limitará a estabelecer normas gerais. [80]

Em geral, limitam-se a maioria dos constitucionalistas a empregarem esta fórmula para falarem do contido no art. 24 da Constituição Federal, sem expressarem opinião sobre o que seria esse procedimento em matéria processual.[81]

Lição de Raul Machado Horta, a respeito da divisão de competências na CF/88, reproduzida por Alexandre de Moraes, explica que:

> As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a Rahmengesetz, dos alemães; a Legge-corcine, dos italianos; a Loi de cadre, dos franceses; são normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro. [82]

Quanto à legislação sobre normas gerais, em termos de competência concorrente, genericamente falando, pode-se dizer, com apoio em André Luiz Borges Netto que:

---

80. Fala aqui SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 501, exatamente sobre o art. 24 da CF/88.
81. Neste sentido também BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 297-298; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 299-302; RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 311; SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Acadêmica, 1995, p. 71; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 478-480 e 601-602; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 111-118; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 840-841; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87; e ZIMERMANN, Augusto. Ob. Cit, p. 424.
82. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 301.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 452 5/3/2007 12:34:58

> De forma resumida, o que os dispositivos acima citados impõem (principalmente os seus quatros parágrafos) é que os Estados-membros poderão legislar sobre todos os assuntos relacionados nos dezesseis incisos do art. 24, de forma conjunta com a União, onde esta deverá se limitar a editar preceitos ou normas gerais que alcançarão a conduta de todos os seres humanos no território nacional, além de editar normas particularizantes federais (que incidirão somente sobre a conduta daqueles que estiverem vinculados à Administração Federal), restando aos Estados-membros a faculdade de legislarem supletivamente (suprindo a ausência de legislação nacional) e complementarmente (adicionando pormenores à legislação nacional), sendo certo que o advento de lei nacional sobre normas gerais suspenderá a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário.[83]

Sobre tais disposições Alexandre de Moraes é enfático ao afirmar que "a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar". Ademais, as normas estaduais deverão ser particularizadas, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais.[84]

Não se há de falar em hierarquia entre as normas gerais e as normas especiais. A aplicação daquelas prevalece sobre estas tão só em decorrência do princípio da primazia do interesse nacional, do contrário há invasão de competência legislativa dos Estados-membros.

A dificuldade de conceituar normas gerais e sua limitação em casos práticos[85] não deve constituir empecilho à aplicação da disposição constitucional.

> Com efeito, as normas gerais devem atender as necessidades mínimas exigidas para a integração dos Estados-membros a uma política nacional unificada a ser ditada pelo Congresso Nacional através de legislação nacional e, por isso válida em todo o território nacional. [86]

Já tivemos oportunidade de contar com Códigos Estaduais de Processo, vez que a Constituição de 1891 atribuía aos Estados a competência para organizar suas justiças e para legislar sobre direito processual. Assim foram editados os Códigos Estaduais da Bahia (1915), de Minas Gerais (1916) e de São Paulo (1930).

Acerca do texto Constitucional de 1891 Roberto Rosas diz:

---

83. BORGES NETTO, André Luiz. *Competências Legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 122.
84. MORAES, *Alexandre de. Direito Constitucional.* 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 301.
85. CAMBI, Eduardo. Ob. Cit.
86. CAMBI, Eduardo. Ob. Cit.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 453 5/3/2007 12:34:58

> Na primeira Carta Magna republicana estabeleceu-se a competência da União para legislar sobre direito processual da justiça federal (art. 34, n. 23), isto é, a União somente legislaria para a justiça federal, ficando os Estados com a competência para a legislação processual em geral. Essa matéria, ao lado da discriminação de rendas, foi a mais debatida na Constituinte de 1890, no dizer de Aristides Milton. A discussão teve forte dosagem política entre aqueles que desejavam uma federação coesa, sem discrepâncias, e outros que, ainda federalistas, não admitiam essa centralização. Os gaúchos sob a condução de Júlio de Castilhos, Pinheiro Machado, Assis Brasil e Borges de Medeiros defenderam a pluralidade de legislação integralmente. Grande estímulo a essa tese foi dado pelos positivistas que se opunham frontalmente à unidade. Leopoldo de Bulhões chegou a pregar a pluralidade para a sorte da federação, porque ela não viveria sem o estado soberano, com legislativo autônomo; dizia, ainda, que dispositivos formulados na Capital da República não poderiam ser cumpridos no interior, faltava-lhes adequação.[87]

E adiante complementa:

> A Constituição Republicana de 1891 inspirou-se no sistema americano, onde hauria as fontes para a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Num regime de poderes centrais e locais, o Judiciário foi estruturado para atender a esse regime federativo, onde há a preocupação pela unidade política, porém com autonomia para os Estados e Municípios, nestes, no seu peculiar interesse. Adotou-se a dualidade da legislação processual. A União Federal legislava sobre processo da justiça federal, e os Estados legislavam sobre o processo em geral. Surgiram, então, os códigos estaduais de processo. [88]

Tendo a Constituição de 1934 reservado à União a competência para legislar sobre processo, eles permaneceram em vigor até que o Código de Processo Civil, editado em 1939, passasse a disciplinar a situação em 1º de março de 1940.[89]

Cabe dizer que normas gerais, no contexto da CF/88, não significam normas ilimitadas e, portanto a União não pode legislar exaustivamente[90], esgotando a matéria, senão no campo delimitado em decorrência do princípio da primazia do interesse nacional. Legislação nacional é diferente de legislação federal, aquela editada vinculada à disciplina de regras uniformes aplicáveis a todos os entes da Federação.[91] Assim, é possível distinguir dois campos de incidência, quais sejam, normas nacionais que incidem em todo o território nacional, e normas

87. ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.
88. ROSAS, Roberto. Ob. Cit., p. 25.
89. Informações trazidas por GRECO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 68.
90. Como lembra ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 158-159, citando Pontes de Miranda.
91. CAMBI, Eduardo. Ob. Cit.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 454 5/3/2007 12:34:58

federais que não contêm necessariamente conteúdo normativo uniforme a ser aplicado em todo o território nacional[92].

Como diz André Luiz Borges Netto:

> …as normas gerais a que buscamos um conceito constituem-se em típico exemplo de leis nacionais, pois não se tratam de comandos normativos simplesmente referentes à União (...) mas sim de normas que têm aplicação à totalidade do Estado Federal, sem exclusão de nenhuma parcela do território pátrio.[93]

Citando lição de Alice Gonzáles Borges e destacando acórdão da relatoria do Ministro Carlos Velloso, o autor[94] expressa o entendimento de que normas que detalhem todos os aspectos de uma questão, sem deixar margem ao legislador estadual não podem ter o caráter de normas gerais. É necessário dizer que a lição, e o julgado[95], se referiam a matéria administrativa, mas em todo caso seu aspecto genérico bem poderia ser estendido ao tema aqui discorrido.

Cumpre trazer, ainda, importante lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que conceitua normas gerais nos seguintes termos:

> São preceitos principiológicos que cabem à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restritos, enquanto princípios, ao estabelecimento de diretrizes nacionais a serem pormenorizadas pelos Estados-membros, embora possam, enquanto preceitos, conter suficiente pormenorização para serem aplicadas direta e imediatamente às situações concretas que devem reger.[96]

Distingue o autor as normas gerais das normas princípios, estas que se dirigem quase exclusivamente aos legisladores, excepcionalmente podendo produzir um efeito concreto. [97]

No particular da questão atinente a matéria de legislação exclusiva em comparação com a legislação concorrente do art. 24 da CF/88 já teve o STF oportunidade de se manifestar, em *habeas corpus*, negando, por esta via indireta, ao Estado da Paraíba a possibilidade de disciplinar a atribuição de competência penal a juizados especiais, por entender que era matéria de processo penal e de competência exclusiva da União. [98]

---

92. Conforme distinção que faz Geraldo Ataliba, citado, em nota de rodapé, por COSTA, José Marcelo Ferreira. Ob. Cit., p. 351.
93. BORGES NETTO, André Luiz. Ob. Cit., p. 129-130.
94. BORGES NETTO, André Luiz. Ob. Cit., p. 132-133.
95. ADI 927-3 – Rio Grande do Sul, j. 04.11.1993.
96. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão. Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 168.
97. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. Cit., p. 164-165.
98. HC 72.582-1-PB in JSTF-Lex 206/341. Ver também o HC 74.298-0/MS in Boletim IBCCrim 51/182

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 455 5/3/2007 12:34:58

Poderia ser argüida a alegação de que procedimentos estaduais feririam o princípio da igualdade entre os litigantes de diversas regiões do país e de que "os procedimentos, como todos os atos do Poder Público, devem estar em consonância com o princípio da igualdade." [99]

A diferenciação que hoje se persegue deve ocorrer para contemplar os diversos tipos de bens jurídicos reclamados, para atender as diferentes urgências na sua obtenção, para assistir pessoas em diferentes situações, mas também para abranger a diversidade cultural e socioeconômica existentes nas regiões do país, que contam com diversificado aparelho estatal-judicial, com cambiante número de juízes, cidades mais ou menos facilmente interligadas e até mesmo diverso número de Advogados ou Defensores Públicos, tornando mais fácil ou menos o acesso ao Poder Judiciário.

> É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendem às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade de solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do "devido processo legal". [100]

Estas diferenças poderiam ser levadas em consideração no estabelecimento de procedimentos em matéria processual pelos Estados-membros e teriam o condão de dar concreção exatamente ao princípio da igualdade. Deve-se ter em mente a advertência de Nicolò Trocker, citado por Marinoni e Arenhart, de que "a diferenciação de procedimentos é exigência insuprimível em um ordenamento que se inspira no princípio da igualdade." [101]

Em tons semelhantes fala Luiz Guilherme Marinoni:

> A suposição de que um único procedimento poderia atender a todos, independentemente das suas diferenças, para que então fosse possível uma melhor sistematização técnica e teórica, implica em uma absurda superposição da teoria sobre as necessidades concretas dos homens, e assim – na melhor das hipóteses – pode ser vista como um desejo egoísta. [102]

---

99. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. Cit., p. 71.
100. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil.* 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 143.
101. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. Cit., p. 71.
102. É certo que MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 196 trata da diferenciação em face das diferentes necessidades do direito a ser tutelado, mas nem por isso a lição não pode ser pensada para a hipótese em comento.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 456 5/3/2007 12:34:58

Vale lembrar que o art. 3º, III, da CF/88 é bem claro ao afirmar como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "*erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais*".

Seja ao tempo da constituição da nossa Federação[103], seja ao tempo dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988[104], são flagrantes as desigualdades em vários aspectos que segregam os Estados-membros.

Como diz Eduardo Cambi:

> Embora o princípio federativo possua condicionantes históricas complexas e que variam segundo o regime jurídico de cada país, ele traz em seu cerne uma idéia central, de fundamental importância para a organização do Estado, que é a de conciliar os interesses de toda a Nação com os interesses de cada região. [105]

Os limites para a concepção dessa várias formas são os estabelecidos pelas pautas do devido processo legal e pela inafastabilidade do controle judicial.

Sobre o tema, Fernando Dias Menezes de Almeida expressa que:

> Caberá aos Estados, observadas as normas gerais federais, desenvolver toda uma legislação específica sobre temas da maior importância, podendo talvez melhor equacionar problemas sociais graves, mas que não se projetam com a mesma intensidade em todos os lugares e que, por isso mesmo, comportam tratamento diferenciado em atenção às peculiaridades com que se apresentam em cada Estado.
>
> (...)
>
> Em tema de Direito Processual, a maior flexibilidade nos procedimentos deverá prestar-se à agilização da prestação jurisdicional, adaptando-se os aspectos formais do processo às necessidades e às particularidades do meio em que se exerce a jurisdição, o mesmo valendo dizer em relação ao processo dos juizados de pequenas causas.[106]

7. A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE PROCESSO

Importante destacar que é hoje o procedimento visto e defendido como elemento conceitual do processo. [107]

---

103. CAMBI, Eduardo. Ob. Cit.
104. Soma de modelo clássico de federalismo dualista da Constituição norte-americana de 1787 com a moderna tendência do federalismo cooperativo da Lei Fundamental de Bonn de 1949, segundo o mesmo autor.
105. CAMBI, Eduardo. Ob. Cit.
106. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 154-155.
107. FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. Cit., p. 34.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 457 5/3/2007 12:34:59

Diz Rogério Ives Braghittoni que: "Tanto quanto o processo, o procedimento é instrumental e essa perspectiva ajuda a delimitar qual a sua importância e a sua função na relação processual que se pretenda potencialmente justa." [108]

Cabe ressaltar a íntima conexão entre procedimento, processo e direito processual, nos termos já expostos, e mais tendo em vista que:

> …a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas características, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional.[109]

Flávio Luiz Yarshell, revelando a nítida correlação entre procedimento e tutela jurisdicional declara que:

> Contudo, o processo também pode ser visto – sempre com os olhos voltados para a tipicidade – como o "instrumento da jurisdição." Sob esse prisma, pensar no processo é pensar no modo pelo qual o Estado desenvolve a função jurisdicional e, ao mesmo tempo, pensar nos "**caminhos" ou "remédios" postos à disposição do interessado para desencadear o exercício dessa função**. Com tais considerações, não é difícil perceber, "retorna-se" ao tema do ingresso em juízo; não exatamente sob o ângulo da "ação" tal como já examinado, mas sob a ótica do meio colocado à disposição tanto das partes, quanto do próprio Estado para a declaração e atuação do direito. (Grifos incluídos) [110]

A noção de procedimento é essencial à caracterização de processo e segundo Cândido Rangel Dinamarco

> …não há como distinguir, com nitidez e generalidade, normas alusivas a um e normas alusivas a outro. Toda norma sobre o procedimento em juízo é norma processual porque o procedimento integra o conceito de processo. É impossível distinguir normas que disciplinem o procedimento sem influir no modo-de-ser da relação jurídica processual que lhe está à base e, portanto, também impossível encontrar normas de direcionamento exclusivo ao procedimento e normas direcionadas só à relação processual.[111]

E mais:

> Interligados em uma realidade só, que é o processo, nem o procedimento nem a relação jurídica processual tem vida própria. Fora desse contexto, inexistem. A dinâmica da caminhada processual, mediante a qual se passa de uma situação jurídica a um

108. BRAGHITTONI, Rogério Ives. Ob. Cit.,
109. DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil.* 5ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 50.
110. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167.
111. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* V. I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 458 5/3/2007 12:34:59

> ato, de um ato a outra situação jurídica e assim sucessivamente até que o processo termine, torna impossível captar com clareza e isolar acontecimentos que sejam inerentes ao procedimento com exclusividade, os que só digam respeito à relação processual e os que seriam do processo como um todo. Nem seriam importantes ou úteis essas distinções assim precisas, nem fazem falta ao que realmente importa e que é a percepção do caráter complexo da entidade processo como instituição jurídica.
>
> (...)
>
> Conseqüentemente, as disposições legais endereçadas diretamente à disciplina de procedimentos, atos, fases, prazos etc., são também portadoras da oferta ou imposição de situações ativas e passivas aos sujeitos do processo.
>
> (...)
>
> Nesse quadro, também a disciplina positiva da relação processual insere-se na órbita do *due process of law* e por essa garantia deve ser regida e interpretada. Não é concebível a idéia de observância de normas procedimentais sem observar a disciplina da relação processual, nem vice-versa. [112]

E ao final, sintetiza Dinamarco:

> Sendo o processo o método de exercício de todos os poderes, deveres, ônus e faculdades de todos os sujeitos processuais, praticamente todas as normas contidas nas leis processuais são sempre, de algum modo e ao menos em um segundo plano, normas sobre o processo. O processo é o ponto de convergência dos sujeitos processuais, de suas posições jurídicas coordenadas à preparação e produção da tutela jurisdicional, dos atos que realizam com esse objetivo e dos vínculos que os envolvem.
>
> (...)
>
> Em resumo, devido processo legal processual é o regime jurídico do procedimento e da relação processual.[113]

Da lição, que como já oportunamente dito, congrega a síntese da evolução dos conceitos de processo e procedimento, extrai-se a impossibilidade da manutenção da aparente estanqueidade que parte da doutrina atribui ao preceito constitucional que cria a diferenciação entre direito processual e procedimentos em matéria processual.

Sobre a distinção que a Constituição faz entre normas de procedimento e normas de direito processual, com o que "é preciso penetrar no pensamento do

112. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 31-32.
113. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 33.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 459 5/3/2007 12:34:59

constituinte e, em consonância com o sistema processual como um todo, buscar o significado útil da distinção (interpretação sistemática)" o autor expõe que:

> Normas processuais stricto sensu seriam os preceitos destinados a definir os poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição dos sujeitos processuais (relação jurídica processual), sem interferir no desenho das atividades a realizar (procedimento). Normas procedimentais, nesse contexto, seriam aquelas que descrevem os modelos a seguir nas atividades processuais, ou seja, a) o elenco de atos que compõem cada procedimento, b) a ordem de sucessão a presidir a realização desses atos, c) a forma que deve ser observada em cada um deles (modo, lugar e tempo) e d) os diferentes tipos de procedimentos disponíveis e adequados aos casos que a própria norma estabelece.[114]

Também endossando a importância da noção de procedimento para o processo, embora destacando o aspecto político, destacam-se as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que diz:

> O procedimento, após a assunção de teorias como a da relação jurídica processual, foi eliminado do *cogito* científico acerca do processo, chegando a ser visto como realidade não interferente em sua formulação teórica, isto é, como realidade teórica não só distinta como, também, distante da concepção de processo. Não obstante, essas teorias jamais se livraram do peso da noção de procedimento, e, portanto, se de sua reabilitação podemos falar, devemos esclarecer que tal reabilitação se dá a partir do plano político. O conceito de procedimento com participação em contraditório está ligado à necessidade de legitimação do poder pela participação, pois o procedimento que garante a participação (logicamente, a participação efetiva e adequada) possibilita a legitimação do exercício do poder. Alem disso, dizendo-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório, permite-se que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do "instrumento da jurisdição". [115]

Aroldo Plínio Gonçalves, destacando a distinção que já divisa parte da doutrina, a partir da CF/88, no tocante aos art. 22 e 24, assevera que essa interpretação

> …só poderia se ajustar a um contexto teórico em que procedimento e processo são tratados como realidades independentes e distintas. Em uma concepção de procedimento que comporta o processo, a diferenciação teórica entre normas de procedimento e normas de processo perde todo o significado, mesmo diante das disposições constitucionais referidas. O processo será uma espécie de procedimento, e assim se poderá compreender que a matéria processual sobre que incide a competência concorrente é a matéria do Direito Processual, enquanto norma que disciplina o processo jurisdicional. [116]

---

114. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 67.
115. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250.
116. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 58..

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 460 5/3/2007 12:34:59

Em notas de rodapé[117] o autor expressa a completude do seu pensamento acerca dessas previsões constitucionais (art. 22 e 24), afirmando que o legislador Constituinte de 1988 dispôs que é da competência privativa da União legislar sobre direito processual em processo administrativo, em processo legislativo e em processos jurisdicionais exclusivamente federais (os das justiças federais – comum e especializadas); nos processos jurisdicionais das Justiças Estaduais editará a União normas em concorrência com as Codificações Estaduais.

Mas é mais adiante, na mesma obra, que o autor expressa o fundamento do seu pensamento:

> A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões, um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.[118]

São irrepreensíveis as lições do autor. Ao tempo em que compreende a íntima conexão entre o procedimento e o processo, com o que fica esmaecida a aparente e indissociável distinção constitucional, aplica as noções de normas gerais e normas específicas, imprescindíveis quando se trata de competências constitucionais concorrentes, para estabelecer que a União deva legislar sobre direito processual exclusivamente federal e nos processos jurisdicionais das Justiças Estaduais editará a União normas em concorrência com as Codificações Estaduais.

8. CONCLUSÕES

Foi ao longo do trabalho exposto, em apertada síntese, um pouco da evolução histórica do processo, e do procedimento, oportunidade em que ficou assentado que as noções ora se opunham, ora se confundiam, nunca estando completamente distanciadas, chegando-se a um terceiro momento em que, de certa forma, se fundem.

---

117. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 58 e 69.
118. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. Cit., p. 65-66.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 461 5/3/2007 12:34:59

Matéria processual não diz respeito apenas a processo judicial e tendo em conta a autonomia político-administrativa dos entes federativos, pode ser entendida como compreendida na permissão constitucional para edição de normas concorrentes.

Circunscrevendo-se ao âmbito judicial, é possível pensar em Códigos de Processo Estadual.

O constitucionalismo brasileiro já conviveu com a edição de Códigos de Processo Estaduais.

Considerando a estrutura federalista do Estado Brasileiro, ao comportar a repartição de competências legislativas, e admitir a existência da sua divisão vertical concorrentemente, deve-se conferir efetividade ao princípio e plena aplicabilidade ao preceito que reserva a instituição de normas gerais à União e normas complementares aos demais entes federativos.

Normas gerais não significam normas ilimitadas e, portanto a União não pode legislar esgotando a matéria, senão no campo delimitado em decorrência do princípio da primazia do interesse nacional. Legislação nacional é diferente de legislação federal. É possível distinguir dois campos de incidência, quais sejam, normas nacionais que incidem em todo o território nacional, e normas federais que não contêm necessariamente conteúdo normativo uniforme a ser aplicado em todo o território nacional.

Normas que detalhem todos os aspectos de uma questão, sem deixar margem ao legislador estadual, não podem ter o caráter de normas gerais.

Deve ser atendida, na medida do possível, tendo em vista a possibilidade da legislação concorrente estadual em matéria de procedimentos, a previsão que diz ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O princípio da adequação do procedimento pode ser estendido para abranger esta disposição que prevê a norma concorrente entre a União e o Estado-Membro, no tocante à legislação de procedimentos em matéria processual.

O procedimento integra o conceito de processo e dele não pode ser afastado. A síntese da evolução histórica dos conceitos de processo e procedimento aponta para a impossibilidade da manutenção da aparente estanqueidade que parte da doutrina atribui ao preceito constitucional que cria a diferenciação entre direito processual e procedimentos em matéria processual.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 462 5/3/2007 12:34:59

9. REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. SIDOU. J. M. Othon (Org.) *Dicionário Jurídico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, p. 454-481.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR 6023*. *Informação e documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das secções de um documento escrito.* Rio de Janeiro, ago. 2003.

_____. *NBR 10520*: *Apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 14724: Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos - Apresentação*. Rio de Janeiro, ago. 2002.

BARRY, Brian. Procedimento e Justiça Social. In MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz. (Org.) *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 262-273.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da Pesquisa*. Monografia, Dissertação, Tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BORBA, Francisco S. (Org). *Dicionário UNESP do Português Contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004.

BORGES NETTO, André Luiz. *Competências Legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 463 5/3/2007 12:35:00

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado. A interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 89, ano 23, p. 220-229, jan./mar. 1998.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm > Acesso em: 19 jan. 2006.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm > Acesso em: 19 jan. 2006.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

_____. Lei Federal. Lei nº 8.666, de 14 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm > Acesso em: 19 jan. 2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 927-3 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Velloso. J. 04.11.1993. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br > Acesso em: 19 jan. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, ano 23, p. 244-261, out./dez. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. (E de Teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COLUCCI, Maria da Glória e ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *Lições de Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 464 5/3/2007 12:35:00

COSTA, José Marcelo Ferreira. O Aspecto Semântico do Processo e do Procedimento no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 341-364, jul./set. 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva. Vol. I, 5ª ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I, II, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. (verbete) *Novíssimo Digesto Italiano*, vol. 13. Turim: UTET, 1966, p. 1067-1076.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale Di Diritto Processuale Civile*. I, 3ª ed. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1973.

LUBISCO Nídia M. L. e VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de Estilo Acadêmico*. Monografias, Dissertações e Teses. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2003.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 465 5/3/2007 12:35:00

LUGO, Andrea. *Manuale Di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1958.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do PROCESSO CIVIL*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico* – plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, ano 30, p. 291-300, jun. 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão*. Temas de Direito Político e Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 466 5/3/2007 12:35:00

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2002.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 467 5/3/2007 12:35:00

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 468 5/3/2007 12:35:00

Capítulo XVIII
Função social da microempresa e empresa de pequeno porte

*Paulo Roberto Colombo Arnoldi**

Sumário • 1. Introdução. 2. Panorama Geral da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte. 2.1. Conceito de empresa e de empresário. 2.2. Conceito de micro empresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP); 2.3. Breve análise histórica da origem e evolução das ME e EPP no Brasil; 2.3.1. Legislação vigente. 2.3.1.1. Lei do Simples. 2.3.1.2. Estatuto da microempresa. 2.3.1.3. A MP 255 – MP do bem (Lei 11.196/05); 2.3.1.4. Lei Geral da Micro e Pequena Empresa brasileira. 2.4. A Constituição Federal de 1988 e o Tratamento favorecido, simplificado e diferenciado as ME e EPP – artigos 170, IX e 179; 2.5. A valorização das ME e EPP no Direito Comparado. 2.5.1. Direito argentino; 2.5.2. Direito norte-americano. 2.5.3. Direito italiano. 2.5.4. Direito da União Européia. 2.6. A importância das ME e EPP nos meios econômicos e sociais. 2.7. O Código Civil de 2002 e o tratamento favorecido as ME e EPP; 2.8. A Nova Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial, Falências e o Plano Especial para as ME e EPP – LEI 11.101/05. 3. Entraves ao Pleno Desenvolvimento das ME e EPP. 3.1. Burocracia. 3.2. Falta de Informação. 3.3. Falta de Planejamento. 4. A Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas Brasileiras; 4.1. O Objetivo da Lei Geral. 4.2. Do Processo Legislativo. 4.3. Do Encaminhamento da Proposta da Lei Geral. 4.4. Luta em ambiente desfavorável. 4.5. Aplicação da Lei Geral. 4.6. A Lei Geral vista como Microsistema. 4.7. Breve Analise da Lei. 4.8. Princípios norteadores da Lei Geral. 4.9. O Projeto da PRÉ-EMPRESA. 5. A Função Social da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 5.1. A Finalidade Social dos Meios de Produção das ME e EPP. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Existe uma visão equivocada, pela própria natureza e dimensão, no sentido de que as grandes empresas sempre foram alvo preferido dos holofotes, da sociedade e do Governo, dada sua importância sócio-econômica.

Em contrapartida, os micro e pequenos negócios, acabam ficando fora das discussões mais importantes, como se assim tivessem um papel menor a desempenhar, perante a sociedade e ao Governo.

Todavia, em um mundo carregado de mudanças e transformações que se sucede em velocidade crescente, aliado ao aumento das informações, do aprimoramento da tecnologia, da capacitação, especialização dos funcionários, dos níveis de exigência dos clientes, consumidores, o processo de globalização em curso; ao contrário das grandes empresas que, pelo seu enorme tamanho e proporção,

* Professor Doutor do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 469 5/3/2007 12:35:01

carecem de rapidez, agilidade na tomada de decisões, na alteração de rumos, tornou o cenário dos pequenos negócios, caracterizado pela enorme flexibilidade, facilidade nas manobras estratégicas e na mudança rápida de seus mercados, produtos e serviços, cada vez mais dinâmico, desafiador e necessário.

Os pequenos negócios despontam, nesse cenário, pelas características específicas de, agilidade, inovação e rapidez nas respostas às novas demandas, invejadas pelas grandes corporações. Estão, atentas às rápidas mudanças no cenário econômico e tecnológico, procuram se desdobrar em unidades menores, no sentido de aproveitar as vantagens competitivas e a flexibilidade das pequenas organizações.

As grandes corporações, percebendo essa nova realidade, também, têm procurado adequar-se a essa nova dinâmica, ajustando-se aos fornecedores de determinados seguimentos da cadeia produtiva, em especial as ME e EPP.

A questão da responsabilidade social, entre outras, também passa a ser considerada neste segmento empresarial, como uma questão de competitividade, competência, transparência, cidadania, possibilidade de acesso as grandes empresas e as compras governamentais.

O pequeno empresário, atualmente visto como empreendedor, tem que ter, necessariamente, visão ampla do seu negócio, não podendo ficar fora deste novo contexto. Ademais, na era do mundo globalizado, quem não possuir certas habilidades e atributos, como: capacidade de gerenciamento, transparência, organização, capacidade de planejamento, baixos custos, foco no consumidor e nas suas atividades, responsabilidade social, fatalmente, estará fora deste novo mercado, cada vez mais exigente e dinâmico .

Nesta perspectiva, as ME e EPP, passam a ter um papel social extremamente relevante a ser desempenhado, posto que representam 98,6% dos negócios instalados, 60% da mão-de-obra formalmente empregada, respondendo, entretanto, por apenas 20% do PIB nacional e, inexpressivos 2% da pauta de exportação brasileira.

A despeito dos inúmeros problemas que enfrenta, e com a falta de poder de influenciar nas atividades de sua atuação, junto às esferas governamentais; da falta de poder para ditar padrões e quebrar fronteiras para obterem condições mais vantajosas e competitivas de produção, vivenciam, como ninguém, o mercado que os cercam. São, também, naturalmente, mais flexíveis, aptas a correr riscos e avaliar os assuntos regionais nos quais estão inseridas, em vista de estarem mais próximas e atentas às necessidades dos consumidores.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 470 5/3/2007 12:35:01

Em função de todos esses atributos é que, necessariamente, devem ter uma atenção especial por parte do governo, no sentido de serem objeto de políticas públicas efetivas, como forma de estimulá-las e desenvolve-las, para que possam, assim, cumprir com o seu relevante papel econômico e social.

O avanço da economia depende dos pequenos negócios, que respondem por grande parte da geração de empregos, das inovações, do pagamento de impostos e das riquezas das nações.

Nas palavras do Presidente do SIMPI, Sindicato das Micro e Pequenas Indústrias do Estado de São Paulo, está ocorrendo um crescimento positivo de 50 mil empresas por ano. As que conseguem sobreviver são responsáveis por 74% dos empregos no Brasil, segundo números do Ministério do Trabalho;. Na sua visão, as micro, devem se tornar pequenas; A pequena, se torne média; e, a média, passe a ser grande; e, a grande, vire multinacional brasileira. A sua pretensão é que, as ME e EPP, sejam fator de crescimento, desenvolvimento e de oportunidades (Revista Vida Executiva, junho de 2006, p. 50/55).

Ciente deste papel relevante que desempenham as ME e EPP, após três anos de intenso debates no Congresso Nacional, por iniciativa do SEBRAE, de uma ampla frente empresarial e com o apoio maciço dos Deputados e Senadores, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, que vem se constituir em um marco regulatório para o setor dos micro e pequenos negócios.

Com esta iniciativa vitoriosa, espera-se que o Brasil venha a ter um novo alento, com desenvolvimento econômico e social sustentável para as próximas gerações, em vista que ela simplifica a abertura e o registro das empresas, desburocratiza os cadastros; unifica e reduz os tributos; simplifica o processo de recolhimento de tributos; amplia e corrige as faixas do SIMPLES, reduz a informalidade; expande o crédito e da maior participação as ME e EPP no comercio exterior brasileiro.

Em fim, trata-se de uma "lei do bem", pois todos setores acabam ganhando, em benefício da sociedade e do estado brasileiro

2. PANORÂMA GERAL DA MICRO E PEQUENA EMPRESA

Antes de analisarmos a questão relevante da função social das ME e EPP, os seus problemas específicos, a aplicabilidade e viabilidade da nova Lei Geral, nesta primeira parte, procuramos apresentar alguns conceitos e princípios elencados pela legislação e doutrina, acerca desta temática.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 471 5/3/2007 12:35:01

2.1. CONCEITO DE EMPRESA E DE EMPRESÁRIO

O primeiro conceito que merece destaque é o de Empresa. Paulo Roberto Colombo Arnoldi, entende que o conceito de empresa pode ser visto sob o aspecto jurídico e sob o aspecto econômico[1].

> Empresa no sentido econômico é a organização do capital e de trabalho destinada à produção ou mediação de bens e serviços destinados ao mercado. Enquanto que a empresa considerada sob seu aspecto jurídico, é a atividade econômica organizada, para produção e circulação de bens e serviços exercida profissionalmente pelo empresário, através do estabelecimento.

O novo Código Civil, ao introduzir o Direito de Empresa no livro II da parte especial, não conceituou o que seja empresa, revelando, porém, o conceito de empresário no art. 966, o qual serve-nos de base para formar um moderno conceito sobre o assunto.

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

2.2. Conceito de micro empresa e empresa de pequeno porte

Merecem destaque, também, os conceitos de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, conceitos estes, que possuem conteúdo eminentemente econômico.

Para aplicação destes conceitos, tomamos por base a definição legal contida no art.2º, incisos I e II da Lei n. 9.841/99, com nova redação dada recentemente pelo **Decreto n.5028/04**, que dispõe:

> **Microempresa** é a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos).
>
> **Empresa de Pequeno Porte** é a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano calendário, receita bruta superior a R$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos) e igual ou inferior a R$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais).

2.3. Breve análise histórica da origem e evolução das ME e EPP no Brasil

As ME e as EPP tem seus primeiros lineamentos registrados no ano de 1979, com a criação do Ministério da Desburocratização a cargo do Ministro Hélio

1. *Teoria Geral do Direito Comercial*. Saraiva, São Paulo, ed. 1998 pps. 158/163

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 472 5/3/2007 12:35:01

Beltrão. Nasceram da necessidade de agilizar os organismos econômicos e financeiros, e da desburocratização dos setores públicos e privados.

Devido às mudanças provocadas pelas duas grandes guerras, de proporção mundial, o surgimento da tecnologia e da informatização, a queda do muro de Berlim, o fenômeno da globalização e da regionalização da economia, entre muitos outros, surgiu a necessidade de modelos societários mais flexíveis, que possibilitassem a simplificação dos regulamentos das empresas, que eram verdadeiros entraves às suas atividades, dificultando sua constituição e manutenção, o que emperrava também, o desenvolvimento econômico e social.

Em 1984, com a Lei 7.254/84, surgiu legalmente a figura da Microempresa, recebendo tratamento simplificado e privilegiado, reconhecendo desde sua criação, a importância desta instituição para a economia e para a sociedade.

O tratamento diferenciado e simplificado teve por escopo as matérias administrativas, tributárias, previdenciária, creditícia e trabalhista.

Contudo, o seu reconhecimento definitivo adveio com a Carta Constitucional de 1988, sendo elevada à princípio constitucional da atividade econômica. Neste sentido, destaca-se o art. 170, que dispõe que:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Cabe salientar, ainda, que, não apenas a lei maior veio dar proteção e suporte às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, mas, também, a criação de importante órgão de apoio, que surgiu em 1990, que é o SEBRAE – Serviço de Apoio a Micro e Pequena Empresas, criado pelo governo, mas mantido e subsidiado pela iniciativa privada.

O SEBRAE, sem dúvida nenhuma, é o órgão de maior apoio às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, sendo uma entidade de atuação direta junto aos pequenos empresários. Caracteriza-se como uma instituição técnica de apoio e desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno porte voltada para a difusão de programas e projetos de promoção e fortalecimento das micro e pequenas empresas, criado pelas Leis 8.029/90 e 8.154/90.

Em março de 1994 a Lei 8.864, passou a regular o Estatuto da Microempresa e afirmou os benefícios assegurados anteriormente para esta espécie de entidade empresarial.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 473 5/3/2007 12:35:01

Também a Medida Provisória no 1.526/96, com efeitos a partir de janeiro de 1.997, dispôs sobre os benefícios do regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na ordem constitucional, que transformo-se na Lei do SIMPLES.

A criação do SIMPLES, pela Lei 9.317/96, viabilizou um regime tributário específico para essas empresas, possibilitando o pagamento de diversos tributos mediante um único recolhimento mensal proporcional ao seu faturamento.

Em 1999 foi editada a Lei 9.841 de 5 de outubro, que instituiu o Estatuto da Micro Empresa e da Empresa de Pequeno Porte, que dispôs sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido, atendendo aos artigos 170 e 179 da Constituição Federal de 1.988.

Com a vigência do atual Código Civil Brasileiro de 2002, Lei 10.406/2002, o mesmo em seu artigo 970 veio a reforçar o tratamento favorecido, simplificado e diferenciado, dispondo:

> "A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes."

Em 2005, o Governo Federal, editou a Medida Provisória 255, conhecida como, " MP do Bem", transformada na Lei 11.196/05, onde tratou de matéria previdenciária e tributária reduzindo impostos para as empresas exportadoras e outros setores da economia, além de aumentar o teto de isenção de R$ 120.000,00 (Cento e Vinte Mil Reais) para R$ 240.000,00 (Duzentos e Quarenta Mil Reais) de receita bruta anual. E para as pequenas de R$ 1.200,000;00 (Hum milhão e Duzentos Mil Reais) para R$ 2.400,000,00 (Dois Milhões e Quatrocentos Mil Reais).

Finalmente, em junho de 2005, o SEBRAE, em conjunto com outras entidades empresariais, encaminhou ao Congresso Nacional, projeto de lei 123/05, aprovado na Câmara dos Deputados em 05 de setembro de 2006, e encaminhado ao Senado Federal, após breve discussão, foi aprovado no dia 08 de novembro de 2006. Com alteração quanto a sua entra em vigor para 1º de julho de 2007, ao invés de 1º de janeiro, conforme previsto no projeto original. A proposta retornou a Câmara dos Deputados para discussão desta alteração, o que foi acatado e ratificado integralmente.

Finalmente no dia 14 de dezembro de 2006, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei[2] sem vetos, conforme a proposta aprovada

2. Jornal Valor p. A-2 de 15 de dezembro de 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 474 5/3/2007 12:35:01

no Senado Federal e ratificada na Câmara dos Deputados, sendo encaminhado para a publicação do Diário Oficial da União, esperando-se a sua regulamentação.

A Lei estabelece um ambiente mais favorável a este setor empresarial, criando o SUPER SIMPLES. Espera-se que com essa lei geral tenhamos um avanço expressivo para esse segmento, pois ocorrerá uma redução de até 40% na carga tributária, segundo dados do SEBRAE.

Portanto, como se observa, preocupou-se o legislador com esta instituição, que é a maior fonte de geração de empregos, renda, tributos e circulação de riquezas de nosso país, tornando-se peça imprescindível, para o desenvolvimento econômico e social sustentável.

2.3.1. Legislação vigente

2.3.1.1. Lei do Simples

A Constituição Federal, em seu art.179 dispôs sobre o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e contribuições, criando para este fim o SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), com o intuito de desonerar estes pequenos empreendimentos.

As empresas aderindo à este imposto por meio de inscrição no SIMPLES, fazem apenas um único pagamento mensal de vários impostos, como IRPJ, PIS/PASEP, CSLL, COFINS e IPI, podendo incluir ainda o ICMS ou ISS.

Para que uma empresa possa ser beneficiada com o SIMPLES, é necessário determinação mediante a aplicação, sobre receita bruta mensal auferida, observando os incisos do art.5o da Lei 9,317/96, chegando-se dessa maneira ao valor devido mensalmente.

Com a aprovação do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foram revogadas as Leis 7.256/84 e 8.864/94. O Estatuto, recebeu este nome, em razão de ter recepcionado integralmente a Lei do Simples e, principalmente, por tratar de assuntos diversos de interesses destas empresas, em um só diploma legal. Sendo assim, estas empresas continuam à ser regidas por duas leis, pois o Estatuto da Micro e Pequena Empresa traz o tratamento favorecido, nos campos em que a Lei do Simples não abrange como, facilitar a sua constituição e funcionamento, assegurando-lhes efetiva participação no desenvolvimento da economia nacional.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 475 5/3/2007 12:35:02

Com a reforma tributária, ainda em curso, segundo palavras de Abram Szajman, Presidente da Federação do Comercio – FECOMERCIO –, busca-se privilegiar este tão importante seguimento da economia, inclusive aumentando os benefícios concedidos, isentando em todos os Estados, a exemplo do que acontece em São Paulo, o pagamento do ICMS. Também, esta isenção se estenderá aos impostos federais e municipais pelo mecanismo chamado de SUPER SIMPLES, que resultará na criação de um regime único para o segmento. Todavia, dependerá de lei complementar para que garanta esta isenção para o ISS e IR.

2.3.1.2. Estatuto da microempresa

Antes do advento das Lei geral as ME e EPP eram reguladas pela Lei nº 9.841/99, considerada o Novo Estatuto da Micro Empresa, em substituição à antiga lei 8.864 de 1994. Sua criação deu-se em razão das orientações e determinações do Mercosul e revogou expressamente as legislações anteriores.

Como primeira inovação o Novo Estatuto elevou os valores de enquadramento do porte econômico das empresas. Com isso, passou-se a considerar Microempresa como sendo a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano calendário, receita bruta igual ou inferior a R$244.000,00 e Empresa de Pequeno Porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano calendário, receita bruta superior a R$ 244.000,00 e igual ou inferior a R$ 1.200.000,00.

Um dos maiores objetivos do Novo Estatuto foi, certamente, outorgar um tratamento jurídico diferenciado e simplificado às empresas enquadradas como Micro e Pequena Empresa, visando facilitar a constituição e o funcionamento destas instituições, de modo a assegurar o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social.

O Estatuto utiliza-se das expressões, enquadramento, desenquadramento e reenquadramento, para refletir a situação da pessoa perante seu regime jurídico. Atendidos os limites de receita bruta anual, as sociedades empresárias e as sociedades simples se enquadram na condição de ME e EPP.

Adota, a nova lei, a teoria da empresa, oriunda do Código Civil italiano de 1942, dispensando tratamento idêntico, as atividades de natureza civil e mercantil.

Introduziu modificações no regime previdenciário e trabalhista, com o fim de redução de despesas das ME e EPP, bem como para atribuir-se caráter pedagógico à fiscalização trabalhista, ou seja, a primeira visita é sempre de caráter orientador e não punitivo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 476 5/3/2007 12:35:02

A principal novidade do capítulo do apoio creditício é, no estímulo às exportações, conduzindo as ME e da EPP ao cenário do mercado, regional e internacional.

São significativas as alterações no procedimento do protesto tirado contra devedor ME ou EPP, especialmente, pelo fato de poder requerer o cancelamento do protesto, fundado no pagamento do título, independentemente de anuência do credor, salvo no caso de impossibilidade de apresentação do original do documento protestado.

Por fim, insta salientar que atribuiu, também, nova competência aos Juizados Especiais Cíveis, para o conhecimento de ações propostas por ME, mas não para EPP.

2.3.1.3. A MP 255 – MP do bem (Lei 11.196/05)

A Medida Provisória 255, conhecida como "MP do Bem", – batizada assim, por reduzir tributos de diversos setores da economia, trata, essencialmente, de matéria previdenciária e tributária, reduzindo impostos para empresas exportadoras e outros setores da economia.

Contudo, não se esqueceu, também, das ME e EPP, ampliando o Sistema Integrado do Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples), ajustando somente os limites de receita bruta anual que definem as empresas como micro ou pequenas. Pela medida, o teto para uma micro empresa ser enquadrada no Simples passa de R$ 120 mil para R$ 240 de receita bruta anual. O teto para as pequenas sobe de R$ 1,2 milhão para R$ 2,4 milhões.

Desta forma, aumenta-se a possibilidade de mais empresas beneficiarem-se do tratamento diferenciado e simplificado, dado pela Lei do Simples, atendendo a uma das principais demandas do setor produtivo, reduzindo, também, a carga tributária para novos investimentos no país.

2.3.1.4. Lei Geral da Micro e Pequena Empresa Brasileira

Reconhecendo o papel destacado das ME e EPP para o crescimento e desenvolvimento econômico/social brasileiro, foi proposto pelo SEBRAE e encaminhado ao Congresso Nacional, projeto, que visa isentar do pagamento de impostos e contribuições, as empresas que apresentem um faturamento bruto anual de até R$ 60 mil (sessenta mil reais)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 477 5/3/2007 12:35:02

Esta proposta tem como principal ponto de apoio estudo realizado em março de 2004, pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. Constata esta pesquisa que, se a carga tributária fosse reduzida para 3,31%, haveria um aumento de 1.170% na arrecadação, ou seja, quanto menor a alíquota tributária, maior o ingresso e participação das empresas na formalidade. De considerar-se que, a função primordial deste setor é gerar empregos e renda, e não tributos para o governo. Os tributos serão gerados indiretamente, com o aumento da renda e a sua circulação pela economia.

Esta lei trará como benefícios, a simplificação tributária, com a criação do SUPERSIMPLES, com a unificação dos regimes tributários especiais da União, Estados e Municípios. Será, também, implantado um cadastro único, que propõe a criação de um único número de inscrição para reduzir a burocracia hoje existente e o tempo de abertura de uma empresa. Desta forma será possível a abertura de uma empresa em apenas 4 dias.

A Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Acessoramento, Perícias, Informações e Pesquisa (FENACON) e pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), propuseram a criação de um cadastro eletrônico que permite a unificação dos dados das pessoas jurídicas, integrando os órgãos da União, Estados e Municípios, eliminando a atual multiplicidade de exigências, redução dos custos e do tempo gasto nos vários e burocráticos procedimentos.

As informações obtidas pelas Juntas Comerciais serão repassadas, automaticamente, através do mesmo sistema eletrônico, para as Secretarias das Receitas, Federal, Estadual e Municipal, Ministério do Trabalho e INSS.

Como conseqüência, esse cadastro facilitaria as consultas prévias de nomes para constituição de novas empresas, evitando desta forma, problemas jurídicos e comerciais pela utilização indevida de marcas, nomes de domínio, já registradas no INPI.

Outro importante ponto desta lei, é a proposta de uma classificação padronizada sobre o porte das ME e EPP, uma vez que a mesma é diferente em cada Estado da Federação. Algumas classificações têm por base o número de funcionários, outras no volume de faturamento.

Esta matéria de caráter meramente introdutório será tratada com maior propriedade em capítulo especifico.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 478 5/3/2007 12:35:02

2.4. A Constituição Federal de 1988 e o Tratamento favorecido, simplificado e diferenciado – Artigos 170, IX e 179

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, estabeleceu-se, como princípio geral da atividade econômica, o tratamento favorecido, simplificado e diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil. Procurou-se ainda apoiar e estimular o cooperativismo e qualquer outra forma de associação.

Neste sentido, dispõe o art. 179 da CF, que qualquer ente de direito público, em nível nacional, estadual, distrital e municipal deverá dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento jurídico diferenciado, visando à incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícia.

A simplificação administrativa, refere-se às facilidades previstas nos art. 4º a 7º da Lei 8.864/94, e diz respeito ao registro destas empresas, que é feito pelo sistema especial, de maneira mais ágil, rápida e facilitada, sendo realizado, em grande parte das situações, apenas por meio de comunicação.

O regime tributário refere-se aos impostos e contribuições, que podem ser recolhidas através de um único imposto, chamado SIMPLES, que será objeto de estudo em momento oportuno (vide item 2.7.1).

Com relação às facilidades de caráter trabalhista e previdenciário, eliminaram-se as exigências burocráticas e obrigações acessórias a que se referem os arts.74, 135 § 2o, 360, 429 e 628 § 1o da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que são incompatíveis com o tratamento diferenciado e favorecido. O recolhimento das contribuições para a previdência são as rotineiras, ou seja, nas mesmas condições das demais empresas, porém haverão algumas facilidades como a contribuição para o custeio das prestações por acidente de trabalho, que será calculada pelo percentual mínimo. Porém, fica a ME obrigada a cumprir outros procedimentos, como anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, apresentação da relação anual de informações sociais – RAIS,- arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações.

A questão do apoio creditício, nos remete à Lei 8.864/94, que disciplina condições favoráveis quanto aos encargos financeiros, prazos e garantias nas operações que realizarem com instituições financeiras. Contudo, o acesso ao crédito, ao mercado e as informações ainda são realidades distantes aos micro e pequenos empresários.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 479 5/3/2007 12:35:02

O governo atual, do presidente Luís Inácio Lula da Silva, vem procurando estimular o microcrédito, com empréstimos de R$ 100,00 a R$ 1.000,00, para financiar pequenos negócios, ou fornecer capital de giro para compra de mercadorias, com juros abaixo do mercado, em torno de 2% ao mês, com apoio das instituições financeiras federais, como Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e o Bradesco, além dos sindicatos, conforme declarações prestadas durante a abertura do III Fórum Internacional de Microcrédito. Neste encontro, os Bancos particulares foram convidados a se engajar neste movimento, no sentido de fazer com que o dinheiro circule, gerando riquezas, ao invés de ficar parado em seus cofres.

O fato é que, trata-se de tema social, com comportamento de economia e finanças, conforme palavras de Alexandro Nader, do Uruguai, que vem organizando instituições de microcrédito no Mercosul e em outros países da América do Sul.

2.5. A valorização das ME e EPP no Direito Comparado

Joseph Cury, Presidente do SIMPI, Sindicato das Micro e Pequenas Indústrias do Estado de São Paulo, em entrevista à Revista Vida Executiva (junho de 2006, p. 50/55), analisando o modelo das ME e EPP, do Brasil, com outros países, diz que "todos têm problemas. Todavia, num país, como o Brasil, em que o Estado tem um peso gigantesco, é fundamental contar com políticas públicas para alavancar os pequenos. Em outros países, o peso do Estado não é tão grande. É tudo livre iniciativa. Quanto mais capitalista o país, menos intervenção do Estado, menos ingerência. As ME e EPP são o sustentáculo do crescimento. Só que não são tão atraentes, como colocar envolta de uma mesa de negociação 30 negociadores. É muito mais 'charmoso' colocar 05 milionários. Para decisões de governo, os pequenos ainda não têm esse 'charme' necessário".

A legislação estrangeira vem evoluindo, passando a valorizar as ME e EPP, dando-lhes tratamento simplificado e diferenciado, reconhecendo sua função social, bem antes da legislação brasileira, inclusive no tocante à recuperação destas instituições, prevenindo-as da falência.

Destaca-se, abaixo, o tratamento empregado às ME e EPP por algumas legislações estrangeiras, notadamente, da Argentina, dos Estados Unidos, da Itália e da União Européia.

2.5.1. Direito argentino

No âmbito do Mercosul destacamos o tratamento dado pela Argentina às Micro e Pequenas Empresas. Naquele país estas instituições são conhecidas como

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 480 5/3/2007 12:35:02

PyMes, sendo reguladas pela Lei 25.300/00 e resolução 675 25 de outubro de 2002, da Secretaria da Média e Pequena Empresa e Desenvolvimento Regional. Esta lei cuida especificamente das pequenas e médias empresas, abrangendo, porém, dada a reconhecida importância, as Micro[3].

Assim como no Brasil[4], este setor que representa 99% das empresas respondem por 70% da mão-de-obra economicamente ativa. Encontram as mesmas dificuldades que emperram o seu crescimento, como: o difícil acesso ao crédito, a falta de conhecimento do mercado e de profissionalismo, carência tecnológica, burocracia e forte resistência ao associativismo[5].

Contudo, ao contrário do que ocorre no Brasil, esta lei não se constitui em um Estatuto destas empresas, uma vez que não regula sua constituição, mas estabelece parâmetros aos Administradores do Estado para o fomento de uma política econômica de alcance geral e a criação de novos instrumentos de apoio e a consolidação dos já existentes.

No âmbito da política federal, existem os Decretos 2.586/92 e 2.481/93, que viabilizam créditos para atualização tecnológica e capital de giro. Existe, ainda, previsão legal para criação de linhas de crédito especial pelo Banco da Nação Argentina.

Cabe ressaltar que é possível às Pequenas e Médias Empresas emitirem títulos de dívida em oferta pública, sob a fiscalização da CNV (Comissão Nacional de Valores).

Seguindo a corrente valorizativa das PyMes, existe interessante projeto que estimula a criação de consórcios dos empresários, com objetivo de exportação, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na lei.

Ressalte-se, ainda, que em 1997, criou-se um órgão ligado diretamente à Presidência da Republica, chamado Secretaria da Pequena e Média Empresa, com a função de implementar as políticas necessárias ao desenvolvimento destas importantes instituições.

---

3. *Micro, Pequenas e Médias Empresas: Definições e estátitiscas internacionais.* Publicação do Ministério do Desenvolvimento, Industria e Comércio exterior, Secretaria do Desenvolvimento da Produção, departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas, http// www.camara.gov.br < 12 de jul. 2006>
4. VALOR ECONÔMICO, "Pequenas e médias exportadoras ganham espaço na Argentina", pág. A11, 9 de mai. de 2006.
5. BORJA, Sérgio Augusto Pereira. "As Micro Empresas no Brasil, Argentina, Itália e EUA" .http//www.mundojuridico.adv.br<acesso em 20/06/05

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 481 5/3/2007 12:35:03

2.5.2. Direito norte-americano[6]

Na "terra do capitalismo", as ME e EPP são conhecidas como, "Small Business" (SB), reguladas e auxiliadas pela SBA (Small Business Administration), agência do governo que estabelece o tamanho das empresas com vista à concessão de empréstimos ou atendendo à necessidade de classificação para cumprir pré-requisitos junto ao Poder Executivo com vista à participação em licitações de contratos governamentais ou, ainda embasando-se no número de empregados ou na receita anual[7].

Porém, nos Estados Unidos tem-se como conceito de ME e EPP, o pequeno negócio. que não se beneficia das vantagens de uma economia de escala, onde operam as grandes corporações.

Um dos principais incentivos dados às ME e EPP na economia americana, refere-se aos Centros de Desenvolvimento dos Pequenos Negócios (SBDC), cujo objetivo é prover os pequenos negócios de assistência gerencial, com o intuito de facilitar uma visão prospectiva para o futuro destas instituições.

Embora os EUA sigam o modelo anglo-saxão do Comow Low, existem várias previsões legais sobre as SB, como por exemplo PL 85-536/97 e PL 105-135/97.

A valorização destas instituições começou efetivamente no governo Bill Clinton, após o aumento do desemprego e da inflação, que até então encontravam-se estáveis por 25 anos, propiciou-se melhores condições à SBA para incentivar estes negócios.

Estas instituições, assim como na Argentina, Brasil e Itália são responsáveis por grande parte dos empregos gerados, levando-se em conta um país tão desenvolvido como os Estados Unidos representando 60% de toda a força de trabalho.

É oportuno mencionar interessante lei de 1958, que trata da Lei de Investimento da Pequena Empresa, cujo objetivo é prover o estabelecimento de bancos de capital privado, objetivando fornecer capital social e/ou empréstimo de longo prazo à pequena empresa.

---

6. Desenvolvimento da Produção, departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas, http// www.camara.gov.br < 12 de jul. 2006>
7. BORJA, Sérgio Augusto Pereira, idem ibidem.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 482 5/3/2007 12:35:03

2.5.3. Direito italiano

As ME e EPP, na Itália, são conhecidas como PMI, cuja função social também é amplamente reconhecida, através de programas organizados e subsidiados pelo FEE (Fundo Estrutural Europeu), sendo reguladas pelas Leis n. 860/56, 443/85 e pela Recomendação 96/280/CE.

Entretanto, encontra-se a maior parte da legislação sobre as PMI, nas recomendações da Comissão da Comunidade Européia, bem como seus parâmetros normativos.

Assim como em nosso país, na Itália as PMI são responsáveis por grande parte da geração de empregos, riquezas e tributos, especialmente aqueles empreendimentos que possuem até 9 empregados, representando 44% dos empregos oferecidos.

Sérgio Augusto Pereira de Borja[8], com apoio em Roberto Gandolfo, informa que, a ME artesanal é relevante para a economia italiana, posto que 14% do PIB do país é produzido por estas organizações. Ressalte-se ainda, que 17% do total da exportação italiana é feita por artesãos, que torna-se viável, graças à criação de consórcios de aquisição entre os microempresários, o que barateia os custos na compra.

Porém, percebe-se, que devido à etapa de evolução em que se encontra a União Européia, não há que se analisar apenas a questão sob o âmbito das Federações, mas sim, perante o bloco econômico, com veremos à seguir.

2.5.4. Direito da União Européia

Considerando a necessidade de uma política uniforme para Comunidade Econômica Européia, que visa extinguir a pluralidade dos tratamentos diferenciados pelas nacionalidades, possibilitando assim um enquadramento único no âmbito do BEI (Banco Europeu de Investimento) e no FEI (Fundo Europeu de Investimento), bem como inúmeras outras questões, tem-se procurado coordenar as políticas macro e micro econômicas, em prol das PMI.

Para conceituar PMI, a União Européia, orienta-se, também, pelos parâmetros econômicos. Assim, é considerada ME e EPP, aquela que possua menos de 50 empregados e um faturamento anual não superior a 7 milhões de euros[9].

---

8. BORJA, Sérgio Augusto Pereira. 'As Micro Empresas no Brasil, Argentina, Itália e EUA" .http//www.mundojuridico.adv.br<acesso em 20/06/05
9. Desenvolvimento da Produção, departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas, http// www.camara.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 483 5/3/2007 12:35:03

Neste sentido, resume-se os objetivos das PMI, no âmbito da União Européia em 5 pontos principais, como promover o desenvolvimento e a adequação estrutural das regiões que encontram-se atrasadas, reconverter a região, fronteiras ou parte de regiões gravemente atingidas pelo declínio industrial, lutar contra a desocupação de longa duração e facilitar a inserção profissional, promover o desenvolvimento rural e facilitar a adaptação dos trabalhadores às mutações industriais.

2.6. A importância das ME e EPP nos meios econômicos e sociais

As ME e EPP possuem indiscutível papel na sociedade, tanto no campo econômico, quanto nas atividades de cunho social.

Segundo dados do SEBRAE, 98,8% das empresas registradas no Estado de São Paulo, são ME e EPP, sendo responsáveis por 60% dos empregos gerados, absorvendo grande parte dos trabalhadores dispensados do setor industrial, em virtude dos processos de privatização, restruturação, fusão e incorporação.

De ressaltar-se que, nos anos de 2001 e 2002, as ME e EPP criaram quase 900.000 empregos no país, enquanto as Grandes Empresas, geraram 600.000 empregos Em 1990 as grandes empresas empregavam 4,4 milhões de empregados, enquanto em 2003, apenas 2,6 milhões, ou seja, uma perda de 1,8 milhões de postos de trabalho foram extintos, em virtude da mecanização. Já entre os pequenos negócios, houve um crescimento de 1,5 milhão em 1990, para 3,8 em 2003, ou seja, um aumento substancial de 150% nas vagas.(Fonte IBGE e SEBRAE, Revista Época, 8 de maio de 2006, p.47)

As ME e EPP tem sua importância ressaltada, devido o relevante papel que desempenham no meio econômico e social, em vista que produzem os bens e serviços necessários para a atividade para o mercado. Seriam elas como uma árvore a lançar suas raízes na terra, formando uma trama muito significativa e abrangente: Permeiam seus benefícios por todo tecido econômico, com conseqüente crescimento social.

Uma das dificuldades que enfrentam as ME é para conquistar o mercado internacional, através da exportação. Enquanto na Itália, por exemplo, são responsáveis por 51% das exportações, no Brasil esse percentual não ultrapassa os ínfimos 2%, o que demonstra quanto ainda podemos crescer neste campo.

No campo social, a atividade desempenhada pelas ME e EPP, resulta na geração de empregos, na circulação de riqueza (entendida esta como o complexo de bens de que dispõe uma sociedade, podendo ser qualquer objeto, entidades

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 484 5/3/2007 12:35:03

ou recursos naturais passíveis de utilidade social, com valor de troca), levando à uma sustentação da macroeconomia.

No campo econômico, proporciona o fomento das atividades agindo virtuosamente no ciclo produtivo. Como gera empregos, consequentemente, proporciona a circulação de riquezas, o que acaba fortalecendo a economia como um todo. Aumenta o poder de compra das pessoas. Como distribuidora de renda e fonte de inovações, gera trânsito de mercadorias, de forma extremamente benéfica, para o tecido social.

As ME e EPP são particularmente vantajosas em áreas de negócios onde a economia de escala não tem grande relevância, pois possuem significativa flexibilidade e adaptabilidade ao mercado consumidor, associada à participação do empresário no controle e gestão direta do negócio.

Por todas estas razões, deve merecer atenção especial do governo, através de políticas públicas, mais consentâneas, com a sua realidade e, tratamento, favorecido, simplificado e diferenciado, conforme determina a Carta Constitucional no artigo 179. Esta foi uma das conclusões do V Fórum Interamericano de Microempresa, ocorrido em setembro de 2002 no Brasil.

Para possibilitar que estas empresas cumpram com sua função social, o Fórum defendeu a idéia da criação de um ambiente econômico mais favorável, isto é, objetiva dar tratamento desigual para os desiguais. Exemplo disso, seria a diminuição da burocracia para a abertura e gestão dos pequenos empreendimentos, com a conseqüente redução de seus custos.

Este segmento pode criar perspectivas inovadoras para o desenvolvimento econômico e social do país. Suas características produtivas tornam-na mais adaptável a um mundo em constante mudança. É capaz de satisfazer necessidades específicas para uma determinada escala de produção e suprir demandas dispersas em todo o território. Ademais, transformou-se em um excelente veículo para dividir os riscos das novas atividades com a entrada em mercados oligopolizados. Permite, por último, colocar em prática um aspecto chave do futuro, o desenvolvimento competitivo, que é colocar em contato direto clientes e produtores".

Contudo cabe ressaltar, a igualdade de oportunidades para os pequenos empreendimentos, deve ser garantida por leis que impeçam o monopólio e o abuso do poder econômico, além do que são as grandes responsáveis pela geração de empregos, garantindo uma distribuição eqüitativa da renda, que é fator decisivo para o crescimento e a inovação tecnológica.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 485 5/3/2007 12:35:03

2.7. O Código Civil de 2002 e o Tratamento Favorecido as ME E EPP

O Código Civil trouxe alterações relevantes no Direito Comercial, ao introduzir livro especial – II -, denominado – "Do Direito de Empresas" – art. 966 à 1195.

Incorporou a moderna teoria jurídica da empresa, prevista no Código Civil italiano de 1942 e, caracterizou a figura do empresário, como aquele que exerce profissionalmente, atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens e serviços, (artigo 966). Por outro lado, estabeleceu quem não é considerado empresário, que são aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza cientifica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares e colaboradores. Ressalva, todavia, que não se aplica está exceção, quando o exercício da profissão constituir elemento de empresa, (artigo 966, parágrafo único).

No que diz respeito a ME e EPP o Código assegurou tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, quanto a inscrição e aos atos daí decorrentes – (artigo 970) –, seguindo as disposições da Constituição federal artigo 170, inciso IX e 179 e o Estatuto da Microempresa – Lei 9.841/99.

Dispensou o "pequeno empresário" da obrigação geral de registro na Junta Comercial. Observa-se, todavia que o diploma legal não especifica o que é está figura. A falta de definição legal deste conceito é suprida pelo Estatuto da Microempresa.

Introduziu um novo tipo societário, "Da Sociedades Simples" – artigos 997 à 1038 -, incorporada do Código Civil italiano de 1942, onde disciplina as atividades dos prestadores de serviço. Trata-se de uma norma geral subsidiária para em casos de omissão da legislação dos demais tipos societários ou do contrato social. Possibilitando, porém, que na omissão do contrato social seja regido supletivamente pela norma das sociedades anônimas, Lei 6.404/76 e suas posteriores alterações, a exemplo do que já ocorria sob égide da antiga Lei da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada de 1919.

Por outro lado, trouxe mudanças significativas no modelo da antiga Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, atualmente denominada Sociedade de Responsabilidade Limitada – artigos 1052 à 1087 –, que representa a quase totalidade das sociedades brasileiras e, consequentemente das ME e EPP.

A nova Sociedade de Responsabilidade Limitada, que teve aumentada a sua complexidade, ao estabelecer aos aderentes a necessidade de realização de

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 486 5/3/2007 12:35:03

reuniões, assembléias e publicação de todos os atos da empresa, aumentou sensivelmente os custos operacionais, ao contrário da simplicidade que vigia na legislação anterior.

2.8. A Nova Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial, Falências e o Plano Especial para as ME E EPP – LEI 11.101/05

A Nova Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial, que apresenta como princípio norteador, a preservação e a manutenção das empresas economicamente viáveis, apresenta um plano especial, para a sobrevivência das ME e EPP, como forma de estimular e manter os pequenos negócios, posto que são eles que geram 60% dos empregos formais do país, além de representarem 20% do PIB nacional, além de gerarem riquezas e desenvolvimento econômico social.

A lei estabelece algumas peculiaridades quanto ao procedimento de recuperação judicial das ME e EPP em seus artigos 70/72. Trata-se de um parcelamento em 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e, acrescidas de juros de 12% ao ano; vencendo-se a primeira, no prazo máximo de 180 dias, da data da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Em sendo homologado a proposta, as ME e EPP não poderão aumentar seus gastos, despesas, ou contratar empregados, exceto se houver autorização judicial, ouvido o Administrador Judicial e o Comitê de Credores.

3. ENTRAVES AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS ME E EPP

3.1. Burocracia

Um dos aspectos mais negativos para a constituição, manutenção e encerramento das atividade produtivas de uma empresa no Brasil é a burocracia. Consequentemente um dos principais obstáculos ao crescimento do país. Esta é a conclusão do Fórum Exame, realizado em São Paulo, no dia 23 de agosto de 2004, que contou com a presença de um dos maiores especialistas internacionais o economista Simeon Djankou, especialista em burocracia e técnico do Banco Mundial[10].

10. Revista Exame, " Para Enfrentar à Fera" ed. Abril, 15 de fev. 2005 p.20, vide também, "A solução esta aqui dentro", por Denise Dweck, Revista Exame de 2 de agosto de 2006, edição 873, ano 40, nº 15, pps. 38 e 39. " Estado mostra que, embora ainda estejam longe das melhores práticas mundiais, alguns Estados brasileiros começam a superar a praga da burocracia. Demonstra um avanço na agilização na construção de ME e EPP.", Revista Exame, 13 de setembro de 2006, pps 90/96 "Abrir e fechar empresas - Caos do começo ao fim", especial burocracia, por Alexa Salomão e Regina Rebello.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 487 5/3/2007 12:35:04

Neste evento o economista Djankou falou sobre a burocracia. Para ele a burocracia esbarra num debate mais profundo, que diz respeito ao papel do Estado na economia.

Entender quais devem ser as responsabilidades e os limites do setor público é uma preocupação antiga dos cientistas social de diversas áreas, coexistindo hoje diferentes visões.

A própria palavra burocracia tem vários significados, podendo assumir um aspecto negativo ou positivo. Sob o aspecto negativo é a interferência indevida do Estado na vida das pessoas. A positiva diz respeito ao corpo técnico do Estado.

A quase um século atrás, o sociólogo alemão Max Weber, considerado um dos pais da sociologia, enfatizou a necessidade de uma boa burocracia estatal para o desenvolvimento dos países. Para que a maquina pública não desvirtua-se em gigantismo, seria fundamental instituir um sistema de meritocracia que premia-se a competência e barra-se o aparelhamento.

Em artigo publicado no Jornal Valor Econômico o Presidente da Federação do Comércio do Estado de São Paulo – FECOMÉRCIO – Abrão Szajman citando Max Weber definiu a burocracia[11]:" como um instrumento de poder e dominação baseado num ordem legal impessoal de onde emanam regras enormes". Para racionalizar e tornar mais eficientes suas atividades toda grande organização, como é o caso do Estado, produz um sistema de regras impessoais para definir responsabilidades e meios de atuação.

Na máquina burocrática a consecução dos objetivos é alcançada pelo desdobramento da tarefa total no número máximo de tarefas especializadas e relativamente simples, de tal modo que os encarregados pela repetição continuada possam executar com rapidez e destreza a parte que lhes cabe. Nesta estrutura, os desdobramentos das tarefas devem ser definidos por uma autoridade central, que conhece os objetivos globais da organização e se incube de supervisionar e coordenar as atividades parciais.

Diz ele ainda, se na teoria a burocracia se justifica como aparato administrativo, na prática o número excessivo de regras é uma de suas piores disfunções, pois impede o burocrata de raciocinar e adotar uma conduta diferente quando uma situação nova se apresenta. Também ocorre o contrário na tentativa de adaptar os procedimentos. Mas a instabilidade das regras, muitas vezes redigida de

11. Valor Econômico, Terça-feira, 4 jul. 2006, p.10

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 488 5/3/2007 12:35:04

forma obscura, cria espaço para interpretações subjetiva do burocrata, que assim adquiri a capacidade de tornar pessoal o que deveria ser impessoal, abrindo espaço para a corrupção. Onde impera a dificuldade, sempre há alguém para vender facilidades.

Segundo ainda o economista Djankou a tese de Weber foi testada recentemente pelo americano James Rauch e Peter Evans, que analisaram um conjunto de trinta e cinco países e concluíram que os mais bem sucedidos tinham um corpo estatal seguindo o modelo sugerido por Weber.

Para Rauch a eficiência do Estado é um fator que impulsiona o crescimento.

Ainda, segundo entendimento de Djankou é na eficiência do Estado, que o Brasil tem errado feio. Tomada do ponto de vista quantitativo, a estrutura estatal até que não chega a ser gritante. O país gasta cerca de 2,5% do PIB com salários de funcionários público federais, o que não chega a ser um absurdo.

Para o economista Fábio Gianbiagi[12], especialista em finanças públicas, em alguns setores há exageros mas não é no número de funcionários que esta na raiz do problema. O gigantismo estatal se expressa muito mas no nó burocrático existente em praticamente todas as suas esferas de atuação, resquício de um tempo em que o governo pretendia ser o centro da vida nacional.

Ao longo das últimas décadas, criou-se no Brasil um emaranhado de regulamentos, leis, regras e normas capaz de enlouquecer qualquer um que queira cumprir todos eles. Tome-se como exemplo da legislação tributária. Não há um único dia em que não haja alguma alteração nas regras segundo César Pinela, diretor executivo da Master Saf, consultoria especializada em legislação. Segundo ele, precisamos olhar o Diário Oficial de 27 Estados, das 27 capitais e do Governo Federal, pois só assim não deixamos passar nada. Se para uma empresa especializada é preciso manter um batalhão de funcionários para manter-se informado, para os demais, diríamos o simples e reles mortais do micro e pequeno empresário o desafio é praticamente impossível de ser cumprido[13]. Isto toma tempo e recursos do empresário, que deveria estar se dedicando a sua atividade fim.

Para Abrão Szajman, no artigo citado, desde a promulgação da Constituição de 1988 o país editou, em média, cinqüenta e cinco normas tributárias por dia – um excesso de regulamentação, difícil de ser absorvida pelas empresa.

12. Revista Exame op. cit. p. 24
13. Revista Exame op. cit. p. 24

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 489 5/3/2007 12:35:04

Outra exigência burocrática é de ter que guardar durante cinco anos as notas fiscais e outros documentos de interesse do fisco. São milhares de documentos, que tomam espaço e cuidados para mantê-los preservados a disposição do fisco.

A legislação trabalhista também é outro entrave a ser superado pelo empresário. Precisa conservar em boa guarda os livros e prontuário do trabalhador em cada pasta para a fiscalização. Absurdo maior é obrigar, sob pena de multa, a empresa acompanhar atualizada a carteira de vacinação dos filhos dos empregados.

De considerar-se igualmente a insegurança jurídica reinante em nosso país decorrente do mau funcionamento do nosso aparato judicial. Nossa justiça é emperrada, com excesso de formalismo técnicos jurídicos e sem qualquer controle de sua eficiência. Muitos Juízes não tem vocação para as funções que desempenham, querem apenas um emprego, que lhes garanta estatus, segurança funcional e privilégios, constituindo-se por isso mesmo em fomentadores do excesso de burocracia.

Os serventuários da justiça também seguem o mesmo padrão dos juízes. A justiça brasileira é uma das mais lentas do mundo, na América Latina, só somos superados pela Bolívia, Guatemala e Uruguai. Uma demanda demora em média 566 dias para ser resolvida, enquanto na Holanda 48 dias.

Existe um excesso de regulação formal e material, além da imperfeição na correta elaboração das normas que levam a infinitas interpretações, que imperram ainda mais o bom andamento do processo.

Os direitos de propriedade são permanentemente violados. Os contratos não são respeitados, o que desestimula os negócios. A possibilidade de reaver o crédito é de 1% em quanto na Finlândia é 98%. O mesmo em caso de falência, onde o empresário para receber 1% do valor devido tem que suportar altas custas processuais para o seu recebimento e o tempo gasto no acompanhamento do processo, o que praticamente inviabiliza o seu recebimento. Sendo um fator a mais para aumentar o custo do dinheiro emprestado.

Registrar uma propriedade industrial demanda 14 atos burocráticos e de 3 a 4 anos de espera. O INPI (Instituto Nacional da Propriedade Intelectual) ainda não está informatizado e sem presidente a 2 anos.

Portanto, o primeiro e fundamental obstáculo a ser vencido pelo Estado Brasileiro é o excesso de normas, que na prática impede o melhor funcionamento do setor privado.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 490 5/3/2007 12:35:04

A burocracia e o excesso de normas impõe um custo elevado para as empresas brasileiras, superior aos outros países. São pequenas dificuldades que somadas transformam-se numa grande, exigindo que as empresas gastem 7,6% do seu tempo administrativo para atender a burocracia, contra 4,1% em média, na América Latina. Todos esses fatores acabam por comprometer o PIB do país como ocorreu no ano de 2005, quando tivemos o insignificante crescimento aproximado de 2,5%, só ficando a frente do Haiti. A Argentina neste ano cresceu 9% e o Chile 6%, só para termos alguns exemplos de descompasso com nossos vizinhos.

As dificuldades derivam em grande parte do nosso deficiente sistema federativo, no qual União, Estados e Municípios criam seus próprios procedimentos num cipoal legislativo que confunde e onera os custos do investimento e das empresas.

Um exemplo gritante de entrave burocrático é o tempo gasto para se abrir uma empresa no Brasil, que é de 152 dias. Necessitando de 17 procedimentos para ser registra uma empresa. Diferentemente da Austrália quando demora-se apenas 2 dias, nos Estados Unidos 4, no Chile 28, no México 51 e na nossa vizinha Argentina 68.

Em estudo, do Banco Mundial, publicado no início de setembro de 2006, publicado no Jornal Valor Econômico, dos dias 6 e 7 de setembro, p. A2, o mesmo destaca que é mais fácil abrir uma empresa na Albânia do que no Brasil.

Segundo este estudo, o Brasil tem sido muito lento ao promover as reformas necessárias para facilitar a abertura de novos negócios e eliminar barreiras que atrapalham as empresas. O documento mostra que os países em desenvolvimento têm se esforçado muito mais para criar ambientes favoráveis aos empreendedores.

O relatório é o resultado de um amplo levantamento feito pelo Banco Mundial e pela Corporação Financeira Internacional – FIC, (na sigla em inglês), braço da instituição que financia projetos do setor privado.

Num ranking que classifica o ambiente de negócios dos 175 países pesquisados de acordo com vários critérios, o Brasil ficou em121º lugar, depois da Albânia e na frente do Suriname.

Segundo ainda a pesquisa, há três anos o Banco Mundial, estimou que o custo para abrir uma empresa na China era equivalente a 16% da renda per capita do país, tornado o processo relativamente mais caro que no Brasil. Todavia os chineses promoveram várias mudanças para facilitar o registro e hoje esse custo e menor do que no Brasil, onde é estimado em 10% da renda per capita.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 491 5/3/2007 12:35:04

Outro aspecto destacado, onde o Brasil parece imbatível é a tributária. Uma empresa brasileira média precisa de 2,6 mil horas por ano para cumprir com suas obrigações tributárias, o equivalente a 108 dias inteiros de trabalho. Em nenhum outro país pesquisado, perde-se tanto tempo. O Chile perde apenas 432 horas, para por seus impostos em dia. Para se obter uma licença para se montar um simples galpão no Brasil são necessários 460 dias. Enquanto que a média nos países da América Latina é de 212 dias, e dos países ricos é de 151.

O documento recomenda que, em vez de reformas legais muito ambiciosas e difíceis de aprovar, os governos comecem fazendo coisas simples, como examinar procedimento burocráticos para eliminar os que ficaram obsoletos.

O relatório ressalta é que os países em geral só mexem nessa área quando sofrem pressão de fatores externos, como agências de financiamento multilaterais e doadores, como a Corporação do Desafio do Milênio – MCC – financiada pelo governo americano.

Em uma das pouca menções positivas ao Brasil o relatório elogia a Nova Lei de Falências e o caso da Varig, vendida em julho, de acordo com as novas regras, que é um exemplo de sucesso da lei.

Toda essa burocracia para a abertura de um pequeno negócio, poderia ser sensivelmente reduzida, se o Estado adota-se um padrão digital para a abertura das empresas. Esse pelo menos é o objetivo do Governo Federal que encaminhou, recentemente ao Congresso Nacional, projeto de Lei reduzindo o prazo para no máximo 15 dias.

Pela proposta, os órgãos de registro serão unificados em uma rede nacional, limitando-se ao mínimo indispensável os documentos e as certidões exigidas, para serem apresentada num único momento. Atualmente, os interessados em abrir uma empresa, tem que fornecer os mesmos dados para vários órgãos, já que os sistemas informatizados são isolados[14].

Nesta proposta, de eliminar o excesso de burocracia, para operar e investir, além da burocracia do sistemas, tributário e trabalhista, a Federação do Comércio do Estado de São Paulo, solicitou a FIPE (Fundação Instituto de pesquisa Econômica da USP), estudo " simplificando o Brasil", que contem propostas para reduzir os custos de transação na economia brasileira.

14. Jornal Valor Econômico, "Basta de Burocracia" 4 jul. 2006 p. A-10 sobre redução e eliminação de burocracia consultar artigo publicado na Revista Razão Contábil nº 72 jun. de 2004 intitulado " Por que Não Um Cadastro Único"

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 492 5/3/2007 12:35:04

De acordo com o diagnostico inicial elaborado pela FIPE, além da abertura e encerramento de firmas, a burocracia inferniza a vida da empresas nas áreas trabalhista, previdenciária, tributária, ambiental e de uso do solo, entre outras. Os maiores problemas são pedidos de informações com freqüência exagerada, licenciamentos, dispersão dos órgãos de controle, prazo exíguos e multas pesadas. Ressalta que, salvo alguns poucos casos, a burocracia pública não está sujeita a prazos de resposta quando acionada pelo setor privado.

Pela proposta da FIPE, a reforma do aparelho burocrático deve se pautar pelo principio de poucas regras e ausência de exceções, o que beneficiária em especial as ME e EPP que, não dispõe dos mesmos recursos das grandes para atender as inúmeras exigências atuais.

O relatório da FIPE[15], cita como exemplo para a construção, instalação, expansão ou operação de qualquer empresa, potencialmente poluídora, o licenciamento em agências ambientais como é natural. Ocorre que, essas atuam em múltiplas jurisdições, por vezes sobrepostas o que faz do tempo para se conseguir uma licença ambiental no Brasil (2 anos em média) ser um dos maiores do mundo. Salientam que mesmo em países muito rigorosos neste tipo de análise o tempo é bem menor; nos EUA é de 1 ano, na Holanda 6 meses, na Inglaterra, Dinamarca e Noruega 5 meses. O estudo propõe também, unificar para a analise dos pedidos, a atuação das agências controladoras que hoje operam nos três níveis.

Embora normalmente a palavra burocracia esteja associada a lentidão e ineficiência, o seu conceito original baseado na divisão detalhada de tarefas, no uso rígido de normas e procedimentos e na hierarquia – viabilizou a produção em larga escala criada por Henry Ford, na década de 20.

Segundo Carlos Ienne diretor geral da FedEx a dificuldade em controlar a burocracia está justamente na necessidade da sua existência. Ele cita que um pacote transportado pela FedEx de São Paulo a Nova Iorque passa por 20 pontos de controle durante um percurso de, no máximo, 48 horas. As informações da remessa são registradas por um sistema de código de barras em diversos pontos do trajeto, como na entrada e na saída de um veículo, de um avião ao de uma unidade alfandegária. Diz Ienne "È burocrático? È. Mas é necessário para que o pacote seja rastreavél até seu destino final. Sem controles seria impossível gerenciar os 3,2 milhões de remessas que viajam por 215 países. Usada com

15. Jornal Valor Econômico op. cit. p. A-10

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 493 5/3/2007 12:35:05

inteligência, a boa burocracia – pode deixar de ser um mostro e se transformar num ativo das empresas[16].

Em suma, a burocracia não inferniza apenas governos e quem depende deles, também tende a proliferar dentro das empresas.

A complexidade dos controles corporativos gera perda anual de 800 bilhões de dólares as empresas americanas, de acordo com a consultoria americana Jensem Grup, especializada em simplificar o trabalho nas organizações. Segundo a Jensem, cada funcionário americano gasta, em média, 2 horas diárias com atividade burocráticas, leia-se reunião, preenchimento de formulário, apresentação de planos de metas, workshop, reunião, reunião, reunião...

No Brasil não à um calculo semelhante, mas a aposta dos especialistas é num quadro bem pior. O atual ambiente de negócios criou um paradoxo para as organizações. A de um lado, a necessidade de um cem números de informações e, portanto de controles – para reduzir custos, minimizar erros, aumentar a previsibilidade dos resultados ou até monitorar hábito de clientes. De outro, os negócios atualmente pedem estruturas enxutas e ágeis.

A dificuldade reside em saber separar as regras necessárias das desnecessárias e a daquelas as constantes mudanças a que as empresas estão expostas. Os riscos de se perder no labirinto burocrático são imensos e aumentam paralelamente a expansão dos negócios. È natural que o dono de uma empresa pequena centralize o comando das atividades e se concentre exclusivamente na atividade fim. Essa situação torna-se insustentável a medida que a empresa cresce. Esse foi o caso até pouco tempo atrás da GOOL onde, todos os pagamentos eram autorizados pelo presidente. Hoje em dia isto tornou-se impossível.

O segredo para não deixar-se engolir pela burocracia é ter sempre em mente o motivo que levou a criação de cada um dos controles e estar sempre pronto a questioná-los e, se for o caso, revê-los.

3.2. Falta de Informação

O micro e pequeno empresário, em sua grande maioria, não procura se inteirar do ramo de negócio que irá atuar. Não busca ajuda em literatura sobre o

16. Revista Exame, "O Ataque as Empresa" 4 set. 2004

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 494 5/3/2007 12:35:05

assunto, não participa de cursos e nem apoio de instituições de orientação do setor como o SEBRAE, o SIMPI, a IPEG, FIESP, etc.

3.3. Falta de planejamento para constituição do negócio

Levantamento do SEBRAE aponta que 53% dos pequenos empresários, antes de abrir seu negócio, desconhecem os hábitos de consumo de seus clientes potenciais. 49% não conhecem a concorrência. 47% não estudaram nem mesmo a melhor localização para instalar seus estabelecimentos comerciais[17].

Segundo o SEBRAE um dos principais motivos que levam a quebra precoce do negócio é a falta de conhecimento sobre o mercado onde pretendem atuar. Infelizmente, a origem dos pequenos negócios, via de regra ocorre com trabalhadores excluído do mercado de trabalho, que entram no setor de serviço, ou de produção em pequena escala, com mínima tecnologia e pouca formalidade nas atividades administrativas[18].

4. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS

4.1. O Objetivo da Lei Geral

No Brasil, atualmente, segundo o último levantamento sobre atividade econômica, realizada em 2002, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, existem 4,9 milhões de empresas formais que atuam no território nacional, sendo 93,6% micro empresas e 5,6% empresas de pequeno porte. Este setor é responsável por 20% do PIB brasileiro, empregando 60% da mão-de-obra formal, mas respondendo por apenas 2% da pauta de exportação, que, segundo estudos do SEBRAE, poderia chegar até 35%[19].

Acredita-se que para cada empresa formal existam duas informais, o que daria um universo de aproximadamente 10 milhões de empresas ou pessoas trabalhando na informalidade. Isto representa 40% da economia, que fica submersa, ou invisível, não sendo computadas nos dados estatísticos. Calcula-se que representa uma perda anual de 15 bilhões de reais em arrecadação e poderia gerar cerca de 1 milhão de postos de trabalhos anuais.

---

17. VALOR ECONÔMICO, "Balcão Moderno" caderno especial sobre Micro e Pequenas Empresas p. F1 26 de jul. de 2006
18. CORRÊA, Hudson. Inexperiência *Quebra Empresas.* Gazeta Mercantil, SP, 15 a 21 de ago. de 2001.
19. Todos os dados citados à acima são fornecidos pelo SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio as Micros e Pequenas Empresas, com base no sensu de 2002 fornecidos pelo IBGE. Dados também que poderão ser conferidos no caderno especial sobre Micro e Pequena Empresa publicado no Jornal Valor Econômico de 29 dez. 2005 p. F-1 .

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 495 5/3/2007 12:35:05

"A cada ano, o Brasil, deixa de ganhar o equivalente a 1 (um) PIB da Austrália, devido às práticas econômicas ilegais." Esta é uma das principais conclusões da consultoria Mckinsey, sobre as causas do atraso brasileiro.

Segundo a pesquisa, práticas à margem da lei, como: (a) sonegação de impostos; (b) obrigações trabalhistas; (c) falsificação; (d) contrabando; (e) desrespeito às normas sanitárias, respondem por 39% da diferença de renda entre brasileiros e americanos.

Com base nestes dados seria possível dobrar a renda do brasileiro da noite para o dia, somente pelo combate ao "Brasil das sombras".

Para Peter Elstrodot Heinz, sócio-direitor da Mckinsey Brasil, "ainda não acordamos para o fantástico custo que o desrespeito às leis representa para o país."

E continua dizendo que, "a evidência da enorme indulgência nacional ante problema tão grave é o tratamento as empresas que burlam as regras – 'as informais'."

A ilegalidade solapa o vigor da economia de um país de diferentes maneiras:

1º) Empresas pouco competitivas se eternizam no mercado pela competição artificial obtida pelo desrespeito às suas obrigações. São negócios que têm que permanecer pequenos para não atrair a atenção das autoridades.

Mas, ao mesmo tempo, a competição desleal compromete o crescimento daquelas que cumprem as leis.

Para Diana Farrel da Mckinsey Global Institute – MGI, "vive-se uma armadilha na qual, empresas ilegais não podem crescer, as empresas legais não conseguem crescer. O país, como um todo, patina."

Cite-se, como exemplo, a questão do foco da febre aftosa enfrentado pelo Brasil em 2005. Especula-se que a causa tenha sido pela entrada ilegal de gado vindo do Paraguai ou falta de vacina, o que é uma violação à legislação sanitária.

Este fato produziu um enorme prejuízo ao Brasil, pois, um único animal portador daquela doença, gera desconfiança no mercado exterior, afasta o investidor estrangeiro, provoca embargo a carne brasileira, causa prejuízo aos pecuaristas e joga muitos trabalhadores no desemprego,segundo Miguel Russo, diretor do Frigorífico Independência, de São Paulo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 496 5/3/2007 12:35:05

Para Elstrodot, no geral, as pessoas pensam que fogem dos impostos ou das obrigações legais. Porém, mais cedo ou mais tarde, toda a sociedade é quem paga a conta".

Recomendações da Mckinsey para combater as praticas ilegais:

1º) Principal – "Alteração radical do sistema tributário brasileiro.

a) além do custo financeiro que se impõe;

b) penaliza as empresas pelo seu grau de complexidade sem similares no mundo.

Segundo relatório do Banco Mundial – As empresas brasileiras precisam de quatro vezes mais empregados do que as similares ou a média mundial para administrar o pagamento correto de impostos.

Fala-se muito da carga tributária ao redor de 38% do PIB nacional, mas, pouco se diz, sobre os 62 tributos e as 3.200 normas que os regem, segundo Gilberto L. do Amaral, presidente do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário). Como comparação, o México, possui apenas 27 tributos e 520 normas.

A criação do IVA – Imposto sobre Valor Agregado, além de unificar as mais de 40 alíquotas de ICMS vigentes, pode juntar o IPI, PIS, COFINS e o ISS.

Somente pela adoção dessa modalidade de tributo, cortaria-se pela metade a carga tributária das empresas.

Esse foi o caminho adotado pelos países da União Européia, que adotaram uma nova aliquota do Imposto sobre Comercialização de Mercadorias e Serviços, equivalente ao ICMS brasileiro.

A criação do SIMPLES, em 1996, foi um avanço nas medidas de simplificação e redução do peso dos impostos para as ME (Microempresas) e EPP (Empresas de Pequeno Porte). Unificou 6 impostos federais e reduziu a carga tributária.

Como resultado, promoveu a formalização de 2,4 milhões de negócios e o registro de 3,5 milhões de empregados.

Apesar do avanço, as medidas foram insuficientes e podem ser corrigidas com o Super Simples, incluído na Lei Geral das Microempresas, já aprovado na Câmara dos Deputados e em discussão no Senado Federal.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 497 5/3/2007 12:35:05

O SIMPLES não inclui os prestadores de serviços e não inclui impostos estaduais e municipais.

O Super Simples inclui 15 novas categorias de prestadores de serviços (90%), excluindo, apenas, os profissionais liberais. Prevê, ainda, a unificação do ICMS e do ISS, reduzindo 60% da carga tributária, segundo estudos do SEBRAE.

Os impostos trabalhistas não serão incluídos no Super Simples, devendo ser tratado a parte.

A redução segundo a pesquisa poderia aliviar os custos, beneficiando o mercado e milhões de trabalhadores que não têm carteira assinada. Quarenta e oito milhões trabalham legalmente, ante 32 regulares.

Pela legislação atual, as obrigações trabalhistas e sociais, representam o equivalente a 103% do salário.

"É um custo incompatível com a capacidade financeira das Micro e Pequenas Empresas, que empregam mais da metade da população economicamente ativa do país", segundo Maciel.

Na Espanha, a criação de contratos coletivos reduziu a informalidade trabalhista a metade, caindo de 12% para 6%, nos últimos 12 anos.

Outro exemplo é o Chile, que, para enfrentar a informalidade doméstica, aprovou um salário mínimo menor do que outras categorias. Antes, era raro ver uma empregada registrada. Hoje, a informalidade neste setor caiu para 17%, enquanto que, no Brasil, alcança índices de 70%.

O Prof. José Pastore, uma das maiores autoridades na área, está encaminhando projeto batizado de Simples Trabalhista, cujo objetivo principal é cortar o custo de demissão de funcionários de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A redução ocorreria em razão de um corte na aliquota do FGTS. Ao invés de recolher 8,5% do salário, passaria-se a recolher 0,5%. Como conseqüência, a multa da demissão de 50% do total arrecadado, incidira sempre em um valor bem menor.

Segundo Pastore, um dos setores mais beneficiados seria o da construção civil. Além disso, no estudo realizado pela Mckinsey, 72% da mão-de-obra do setor, é informal.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 498 5/3/2007 12:35:05

Com a reforma, obter-se-ia uma vantagem de 15%, no custo final de um apartamento. "Isto gera uma concorrência desleal das pequenas construtoras em relação as grandes", de acordo com Romeo Busarello, diretor de Marketing da Construtora Tecmisa.

A Lei Geral tem como objetivo específicos:

a) Estabelecer um tratamento diferenciado e simplificado no âmbito da União, Estados, dos Municípios e Distrito Federal;

b) Racionalizar e simplificar os procedimentos tributários por meio de recolhimento unificado de impostos e contribuições de todos os entes federados;

c) Estimular, a formação, a constituição, o funcionamento e o desenvolvimento das ME e EPP;

Criar um cadastro integrado e unificado dos dados e informações, visando a desburocratização dos procedimentos, que é um dos maiores males que afligem as empresas do País.

4.2. Do processo legislativo

Diante das dificuldades do setor, o SEBRAE (Serviço Brasileiro de apoio à Micro e Pequena Empresa), juntamente com uma frente empresarial paulista como a FACESP (Federação das Associações Comerciais e Empresariais do Estado de São Paulo), FAESP (Federação da Agricultura do Estado de São Paulo), FECOMERCIO (Federação do Comércio Varejista), FIESP (Federação da Indústria do Estado de São Paulo) dentre outras entidades, encaminhou Anteprojeto de Lei, denominado "Lei Geral da Micro e Pequena Empresa", ao Congresso Nacional, no dia 8 de junho de 2005. onde foi longamente discutido no ano de 2005, sendo aprovada na Câmara dos Deputados no inicio de setembro de 2006. Encaminhada ao Senado Federal foi aprovada no dia 08 de novembro de 2006, tendo este alterado a entrada em vigor para 1º de julho de 2007, ao invés de 1º janeiro como estava previsto no projeto original.

Finalmente a Lei foi sancionada no dia 14 de dezembro de 2007 sem vetos.

4.3. Do Encaminhamento do Projeto da Lei Geral

O motivo do encaminhamento do projeto deu-se em virtude da grande preocupação do SEBRAE com o alto índice de mortalidade prematura das ME e EPP. Apoiou-se, para esta análise, em pesquisa que demonstrou que, no primeiro ano

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 499 5/3/2007 12:35:06

de funcionamento desses pequenos negócios, 36% deles fechavam suas portas e, no segundo ano, esses índices saltavam para mais de 60%, o que é altamente prejudicial ao desenvolvimento econômico e social, com perdas significativas para milhares de empreendedores em inicio de atividade e para o próprio governo que perde substancial receita, em virtude do encerramento dos negócios.

Ademais, havia uma preocupação por parte do governo paulista de implantar o sistema agro-industrial, desejando integrar o setor rural, o que ocorreria através da regulamentação do referido setor em micro e pequena empresa rural, posto que representam 99% desta atividade.

De considerar-se que, na época da pesquisa, o país estava passando por momentos de alta turbulência internacional, decorrente das crises econômicas russa, sul coreana, mexicana e argentina, que influenciaram negativamente na economia nacional.

Entendia-se que era uma medida salutar, que se colocava numa agenda positiva governamental, com reflexos favoráveis no tecido social e econômico, que poderia ajudar o Brasil a avançar, gerando mais empregos, renda, riquezas, com desenvolvimento econômico sustentável.

A proposta representa um novo modelo de desenvolvimento que oferece soluções criativas, buscando fazer justiça fiscal, simplificar os tramites burocráticos, reduzir a informalidade e incrementar a produção nacional. Procura reaproximar as camadas sociais, elevando as menos favorecidas. Envolve todos os setores da cadeia produtiva como, industria, comércio e 90% dos prestadores de serviços, ficando de fora, tão somente, os profissionais liberais.

A preocupação é alavancar a economia tendo, como sustentáculo, as ME e EPP, a exemplo do ocorrido em outros países mais desenvolvidos como Itália, Espanha, Coréia do Sul e a nossa vizinha Argentina.

A sustentabilidade da proposição é o interesse social. Trata-se de uma iniciativa que propicia a inclusão social dos menos aquinhoados financeiramente.

Em suma, é uma lei a favor do Brasil, onde prevalece o principio do ganha – ganha, ou seja, todos os setores envolvidos se beneficiam. O governo que, embora num primeiro momento tenha que fazer uma renúncia fiscal para abrir mais espaço aos pequenos negócios, num segundo momento, terá aumentada suas receitas, em vista do aumento da base arrecadadora e com acesso as suas estatísticas de mais de 10 milhões de pessoas na informalidade.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 500 5/3/2007 12:35:06

Por seu turno, os micro e pequenos empresários, terão sua carga tributária sensivelmente reduzida, em alguns casos de 37% para 4%, como é o caso dos micro negócios que têm arrecadação de até R$ 36.000,00 anuais, que são aqueles classificados como pré-empresa, pelo projeto.

Os 10 milhões de informais que passarão para a formalidade, podendo ter acesso ao crédito bancário e serem subsidiados pelo BNDES. Terão a possibilidade de acesso as compras governamentais, condições de exportarem seus produtos e serviços, entre outras oportunidades. Os funcionários terão seus direitos trabalhistas e sociais assegurados através do registro em carteira.

Como se observa, a Lei Geral simplificará a vida dos pequenos empresários, favorecendo a competitividade, com maior agilidade e eficácia. Fará a integração dos cadastros em nível federal, estadual e municipal. Diminuirá o tempo de abertura de uma empresa de 152 dias para 1 semana, diminuindo sensivelmente a burocracia existente. Promoverá uma mini reforma tributária, trabalhista e previdenciária, em vista do que diminuirá e simplificará a arrecadação dos tributos. Barateará o custo dos empréstimos para constituição do negócio e capital de giro. Possibilitará a criação de emprego e renda, promovendo desenvolvimento econômico sustentável. Facilitará as exportações com isenção de tributos ou com taxas extremamente reduzidas para alguns setores. Facilitará o acesso a justiça gratuita e aos Juizados Especiais Cíveis e Empresariais, a serem criados para agilizar, ainda mais, a solução dos conflitos. Estimulará a adoção de meios alternativos para a solução dos conflitos como a Conciliação, Mediação e Arbitragem, inclusive estimulando a redução dos custos administrativos e honorários cobrados.

Portanto, em vista dos inúmeros benefícios e vantagens que a lei trará para todos os agentes envolvidos, a sua implementação deve ser a mais rápida possível, com o apoio de todos os segmentos, como forma de promover desenvolvimento econômico e social de toda a sociedade brasileira[20].

4.4. Luta em Ambiente Desfavorável

Deve-se considerar que as ME e EPP, na atualidade, defrontam-se com um ambiente totalmente desfavorável para constituição, manutenção e crescimento dos seus negócios.

---

20. Valor Econômico, quinta-feira, 03 de agosto de 2006, pps. A-10 "Governo negocia votação da Lei das Micro", por Arnaldo Galvão de Brasília. Reportagem relate que o ministro da Fazenda Guido Mantega reuniu-se com o Presidente da Câmara Aldo Rebelo e com lideres dos partidos para negociar a votação da Lei Geral assumindo a redução tributária de R$ 5 bilhões, podendo ser aprovada em setembro.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 501 5/3/2007 12:35:06

Segundo pesquisa elaborada pelo SEBRAE, intitulada " Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresa no Brasil [21]", com base na opinião dos empresários entrevistados, constatou-se que as dez principais causas que dificultam a condução do negócio são:

Ranking das dez principais dificuldades na condução das MPEs (Empresas ativas)		
Dificuldade	**Nº de citações**	**Percentual**
Carga tributária / encargos / impostos	549	29,1%
Falta de capital de giro	353	18,7%
Concorrência	236	12,5%
Falta de profissionais / mão-de-obra qualificada	158	8,4%
Dificuldades financeiras	112	5,9%
Falta de clientes	102	5,4%
Maus pagadores / inadimplência	90	4,8%
Crise econômica do país	78	4,1%
Falta de crédito	77	4,1%
Burocracia	73	3,9%

Fonte: Sebrae: Estudo: Fatores condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil pág. 39

a) Alta Carga Tributária

O paquiderme estatal é um dos maiores obstáculos ao crescimento do país – na Roberta Padovan.

Na última década, o Brasil deixou para trás o caos macroeconômico e, hoje, começa a colher os frutos. A inflação está controlada, as exportações batem sucessivos recordes, o risco Brasil em queda.

Mas, apesar destes avanços, o sistema econômico brasileiro ainda representa uma importante barreira ao crescimento do país, principalmente, no que diz respeito aos:

a) juros – os mais elevados do mundo; e

b) carga de impostos

21. Relatório de Pesquisa: Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil – Brasília ago/2004

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 502 5/3/2007 12:35:06

O Brasil perde US$ 230 bilhões, número igual ao PIB de um país como a Suíça, pela sua incapacidade de concluir a estrutura do sistema econômico.

Os gastos do governo quase dobravam desde 1991 e nada indica que pararam de crescer. E, o aumento dos gatos públicos, faz com que o governo aumente a carga tributária.

Em 1995, a carga de impostos era de 28% do PIB. Hoje, beira 40%.

Apesar de a arrecadação bater recordes seguidos, a dívida líquida subiu de 30%, para quase 50% do PIB, de 1995 até o corrente ano.

Neste ambiente de aprisionamento do país, o governo investe menos, para saldar suas dívidas e aumentar os impostos, e drena a capacidade de investimentos da iniciativa privada.

Segundo Fábio Gambiagi, do IPEA, "é por isso que o Brasil está tendo crescimento medíocre, diante de países que se encontram em situação semelhante."

De acordo com estudo realizado pela Mckinsey, para se reduzir as deficiências macroeconômicas do país, precisa-se atacar 4 pontos fundamentais:

a) acertar as contas da Previdência;

b) reduzir outros gastos do governo;

c) explorar Parcerias Público-Privadas (PPPs);

d) reformar o processo orçamentário;

a.1) Acertar as Contas da Previdência

No que se refere à Previdência Social, o Brasil, deve fechar o ano de 2006 com déficit de R$ 43 bilhões de reais. É o 11º rombo seguido. Cerca de 60% das pessoas se aposentaram com até 55 anos.

Para cobrir este rombo, o governo tem que manter a arrecadação nas alturas, reduzir os investimentos e oferecer juros altos para conseguir tomar empréstimos.

Para resolver esse problema crucial, a Espanha adotou a regra de que é impossível se aposentar antes dos 60 anos de idade. O Chile, privatizou sua Previdência em 1981, medida que foi vital para que o país crescesse cerca de 6% ao ano, de 1986 a 2006. Lá, só aumentam-se os benefícios quando existam fontes para custeá-los.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 503 5/3/2007 12:35:06

a.2) Reduzir outros gastos

Para crescer substancialmente, é necessário, também, reduzir outros gastos que, de 1991 a 2005, aumentaram, de 14% para 23%, em relação ao PIB. Os gastos com juros, que incidem sobre a dívida do governo, em 2005, somou R$ 157 bilhões de reais.

Com o fim de combater seus gastos públicos, a Nova Zelândia, deu um exemplo ao mundo adotando o sistema *"Administração para resultados."* Por esse programa, as verbas somente são liberadas, para qualquer órgão público, se o gasto for parte de um projeto com metas estabelecidas. Quando a verba é liberada, o ciclo só se fecha quando entra em cena a *"Audif Office"*, órgão independente de autoria, ligado ao Parlamento, que verifica se a verba foi aplicada para aquela finalidade e se os resultados previstos foram alcançados, como, por exemplo, redução da mortalidade infantil em 10%. Essas medidas acabaram otimizando o dinheiro público.

A Irlanda é outro exemplo que iniciou seu ajuste fiscal na década de 1970. Os cortes nos gastos públicos, aliados as privatizações, reduziram a dívida pública, de 136% do PIB, no final da década de 1980, para cerca de 35%, atualmente. Os impostos caíram, de 40% para 12 %. Como resultado, o PIB cresceu 8% ao ano, entre 1994 e 2004, o desemprego caiu, de 15% em 1990 para apenas 4% nos dias atuais.

a.3) Adoção de Parcerias Público-Privadas – PPP

A terceira fonte de atuação, sugerida pelo estudo da Mckinsey, é que o governo passe a dividir suas despesas em infra-estrutura com a iniciativa privada, por meio de Parcerias Público-Privadas – PPP, recurso já testado em outros países, com excelentes resultados.

"É, sem dúvida nenhuma, uma maneira de contornar a escassez de recursos públicos, sem descuidar das necessidades mais prementes de infra-estrutura", segundo William Jones, da Mckinsey.

Quem melhor implementou essas medidas, foi a Inglaterra, que concluiu mais de 600 projetos, nos últimos 10 anos, entre os quais, a modernização do metrô de Londres, num valor de 16 bilhões de Libras Esterlinas, sendo, 25% do custo, pago pela iniciativa privada, 60% pelo governo e os 15% restantes, pela receita obtida dos passageiros.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 504 5/3/2007 12:35:06

No Brasil, nenhum projeto da União saiu do papel. O mais avançado é do metrô de São Paulo, que, a poucos dias, finalizou a licitação do consórcio que operará as linhas.

a.4) Reforma do Processo Orçamentário

O quarto aspecto a ser levado em consideração é a necessidade, urgente, de reforma no processo orçamentário.

O orçamento brasileiro não cumpre o objetivo de racionalizar os gastos públicos. Os recursos, em tese, deveriam ser alocados para projetos prioritários, estabelecidos pelo Congresso Nacional, antes do ano começar.

Todavia, o orçamento tornou-se peça de discussão política pela oposição, só sendo aprovado em maio. Antes disso, os recursos foram liberados pela Fazenda sem um plano de prioridades para o Brasil.

Na Inglaterra, o ano não começa antes da aprovação do orçamento. O mesmo se dá na Nova Zelândia, onde a liberação dos recursos é condicionada ao resultado que se pretende obter com eles.

Tais recomendações, contidas no estudo, abrem espaço para uma real modernização do setor público, o que possibilitará, por sua vez, reduzir, mais fortemente, a taxa de juros, o que traria efeitos positivos para as contas públicas.

O que se conclui da pesquisa é que não haverá crescimento sustentável, enquanto o Brasil não enfrentar o "Paquiderme", que é a sua máquina pública.

"Ou o setor público começa a encolher, ou vamos ter problemas sérios, já que não é possível aumentar a carga tributária indefinidamente ou reduzir investimentos que já estão no fundo do poço", afirma o economista Raul Velloso.

A constatação é de que o Brasil melhorou nos últimos, mas, os avanços, precisam ser consolidados – "A hora é agora."

Segundo os números apresentados pela consultoria Mckinsey, observa-se um aspecto positivo e um negativo.

Pelo aspecto positivo, a inflação que, em 1995, era de 22%, caiu para 4%, em 1996. Como se observa, está sob controle e não apresenta sinais de crescimento.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 505 5/3/2007 12:35:07

No que diz respeito ao setor externo, em 1995, tínhamos um déficit em conta corrente de US$ 18 bilhões de dólares. Atualmente, estamos com um superávit de US$ 8,5 bilhões. Como conclusão, a melhora do balanço de pagamento, tornou a economia brasileira menos vulnerável às crises internacionais, diferentemente, do que ocorria no passado, quando a ocorrência de qualquer turbulência internacional repercutia agudamente na economia brasileira.

Entretanto, segundo os dados apresentados, alguns aspectos devem ser melhorados:

a) Em 1995, os juros eram de 25%. Hoje, estão ao redor de 11%. Embora declinantes, o Brasil ainda ostenta a maior taxa do mundo.

b) As contas do governo: O déficit, em 1995, era de menos 7,3% do PIB. Hoje, é de 2,5%. O déficit caiu graças a um forte aumento da carga tributária para compensar os gastos que sé crescem.

c) Quanto à dívida pública: A dívida era de 30% do PIB, em 1995, Hoje, saltou para 49%. Além de ter crescido a dívida, ainda, é de curto prazo e indexada à taxa de juros, que é, também, muito alta.

d) Quanto à carga tributária: Em 1995, era de 28% do PIB. Hoje, é de 37%. A arrecadação foi aumentada brutalmente para compensar os aumentos dos gastos públicos, recursos que, sem dúvida, freiam o crescimento do país.

Como se observa, o Brasil, defronta-se, com a maior carga tributária do mundo, se não a maior, com certeza uma das maiores, variando de 37% a 40% do PIB nacional, conforme o segmento, arrecadadas sob a forma de impostos e contribuições diretos e indiretos, o que se constitui em um grande obstáculo a competitividade do país. Só para exemplificar, no vizinho Chile, a carga tributária é de 17,3%, bem inferior à brasileira.

Ademais, é quase impossível, principalmente para a ME e EPP, inteirar-se de todas as alterações ocorridas nesta área, que, segundo os dados apurados pela Revista Exame[22], teríamos uma média de uma alteração por hora.

De considerar-se, também, que, a alta carga tributária, leva consequentemente, a uma maior sonegação, segundo estudos realizado pela consultoria Mckinsey, que entende ter uma direta relação com a produtividade. Segundo o estudo,

22. SALOMÃO, Alexa, NAPOLITANO Giuliana. *O Peso do Caos Tributário.* Ed. 849, ano 39 nº 16, 17 ago. 2005

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 506 5/3/2007 12:35:07

as empresas formais são duas vezes mais produtivas que as informais, sendo assim a medida que cresce a sonegação a média da produção decresce.

O Brasil melhorou nos últimos anos, mas, os avanços, precisam ser consolidados. A hora é agora.

Portanto, não bastam medidas e estímulo ao setor, o que é louvável e necessário. Sem que o governo faça seu dever de casa, diminuindo os juros que inviabiliza o setor privado, tirando a competitividade dos produtos, quando, não muito, levando as empresas à uma crise econômica e financeira.

Por outro lado, deve reduzir a carga de impostos que asfixia o setor privado, além de aumentar-lhe a burocracia para atender a sua complexidade, considerando a variedade enorme e diversificada de impostos a serem pagos.

b) Burocracia

A burocracia, conforme anteriormente visto, também é asfixiante. Segundo estudos realizados, toma-se 7,6% do tempo do empresário para cumprir com a manutenção da maquina administrativa, além de ter que aportar recursos expressivos para cumprimento das obrigações, o que lhe suga tempo e valores que poderiam ser dedicados a sua manutenção e de seus familiares. Essas exigências absurdas e desproporcionais, leva muitos deles a informalidade por falta de condições de cumprir com todas as obrigações tributárias, previdenciárias, trabalhistas e contábeis.

O custo para contratação, manutenção e demissão dos funcionários também é alto, considerando os inúmeros encargos sociais e trabalhistas que foram assegurados a partir da Constituição de 1988. O custo é o mesmo do que o de uma grande empresa, mas com repercussões bem maiores nos seus resultados financeiros.

Defrontam-se também com falta de orientação na condução de seus negócios. O acesso que dispõe, que é o SEBRAE, também tem um custo, que muitas vezes não conseguem suportar. O contabilista que lhe presta serviço contábil, deveria ser uma verdadeira assessoria, mas, na sua grande maioria, é extremamente limitada e onerosa, dados os custos mensais de sua manutenção.

Normalmente, quando procuram os órgãos públicos relacionados a sua atividade para alguma orientação, defrontam-se com o despreparo e a má vontade dos servidores.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 507 5/3/2007 12:35:07

Quando necessitam do serviços judiciais, caros por sinal, defrontam-se com uma justiça arrogante, lenta, burocrática e ineficaz. Além de ter que superar todas essas dificuldades inerentes do sistema jurídico, ainda convivem em ambiente de grande insegurança jurídica, decorrente da permanente violação dos direitos de propriedade e da dificuldade de recebimento de seus direitos, em especial, o de crédito.

Como decorrência de todos esses obstáculos, possuem baixa competitividade, por falta de formação cultural, educacional e técnica. Isto lhes impede de terem uma visão mais abrangente de suas atividades, foco de seus negócios.

Em pesquisa realizadada pela Mckinsey, esta recomenda um ataque frontal a burocracia. A ampliação do processo de abertura de uma empresa é fundamental. "As dificuldades só reduzem a arrecadação e incentivam o trabalho informal", segundo Maciel.

O fato de uma empresa ter de se inscrever em 3 cadastros diferentes (União, Estados e Municípios) é uma exigência de exclusividade e da vergonha nacional.

Outra exigência absurda é a necessidade de um laudo do corpo de bombeiros para qualquer negócio começar a funcionar, algo só existente em Moçambique.

Tanta burocracia impede o aumento do número de empregos no Brasil.

Anualmente, 65 empresas são abertas a cada 100.000 habitantes, enquanto, na Coréia do Sul, este número sobe para 106 e, nos Estados Unidos, para 196.

A boa notícia é que muitos países conseguiram domar o monstro da burocracia e modernizar a economia, como fez, Portugal, ao criar a "*Empresa na hora"* que reduziu a burocracia para abrir uma nova empresa em apenas uma hora, quando, antes, envolvia 6 órgãos públicos e demorava em torno de 6 meses.

O "Sistema Fácil", implantado no Brasil com o apoio do SEBRAE, reduziu significativamente o tempo para a abertura de uma empresa em Maceió e São José dos Campos, onde o tempo é de apenas 6 dias úteis.

Avançar é necessário para que ocorra uma redução significativa na ilegalidade.

Todavia, a mentalidade brasileira também tem que mudar no que diz respeito a ilegalidade – "O rigor tem que aumentar, essa é uma briga do país, não apenas do governo", segundo o entendimento do consultor do Instituto de Desenvolvimento e Varejo – Marcos Gouveia dos Santos.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 508 5/3/2007 12:35:07

Deve-se procurar criar instrumentos mais ágeis para punir os infratores.

Na Espanha, criou-se Tribunais especializados em questões tributárias para acelerarem os processos de evasão fiscal.

No Chile, aprovaram-se leis que autorizam o confisco de produtos cujos varejista não consigam comprovar a origem.

Na Itália, o consumidor é multado caso aceite comprar sem nota fiscal.

Para Diana Farrel a informalidade tornou-se parte da agenda mundial porque ataca justamente os pilares da geração de riquezas dos países. Não há escapatoria. Quanto maior a informalidade de uma economia, menos produtiva ela será

O estudo Mckinsey apresenta alguns dados da informalidade no Brasil.

a) 85% dos pequenos negócios não recolhem todos os tributos exigidos pelo governo.

b) 61% dos computadores vendidos no país em 2005 foram comercializados com algum tipo de ilegalidade.

c) 60% dos trabalhadores não tem registro em carteira.

d) 60% da Construção Civil, atua na ilegalidade.

e) 40% dos CDs comercializados são piratas

f) 40% do PIB nacional, ou o equivalente a U$ 318 bilhões é produzido de maneira irregular.

g) 40% da carne comercializada no mercado brasileiro é ilegal.

h) 35% dos programas de computadores vendidos no país são piratas.

O Brasil encontra-se no topo da ilegalidade, só perdendo para a Russia, Esta perde 46% do seu PIB, enquanto o Brasil 40%, igualando-se a Colômbia. O México, 30%, a Índia, 23%, o Chile, 20% e os EUA, 10%.

Portanto, a luz do relatório apresentado pela Consultoria Mckinsey, por sinal, preocupante, o governo brasileiro deve fazer uma profunda reflexão sobre os rumos que estamos seguindo e se concientizar de que as reformas nos sistemas, tributário, previdenciário, trabalhista, político, além de procurar reduzir a burocracia existente e agilizar a aprovação da Lei Geral das ME e EPP, entre outras, são indispensáveis para um melhor desempenho do crescimento sustentável

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 509 5/3/2007 12:35:07

brasileiro, sob pena de as futuras gerações não assistirem o "espetáculo do crescimento" como tanto deseja nosso atual presidente Lula, em vias de reeleição.

c) Baixa Qualidade dos Produtos

Produzem, consequentemente, produtos de baixa qualidade, perdendo competitividade com os produtos nacionais e internacionais, vedando-lhe ainda, acesso ao mercado exportador.

d) Empreendedorismo

Segundo estudos que a Kauffman Center for Entrepreneurial Leadership, realiza anualmente para o GEM – Instituição criada pela London Business School e pelo Babison College de Boston – em cerca de 29 países, para comparar o grau de empreendedorismo dos povos, entre a população de 18 a 64 anos, o Brasil é o sétimo país mais empreendedor na atualidade. Nesta classificação, o Brasil chegou a ocupar o primeiro lugar, mas, com a ampliação da pesquisa, para envolver outras nações, acabou perdendo o posto para o México, que, atualmente, ocupa o primeiro lugar. Por esta pesquisa, o Brasil tem um empreendedor para cada sete pessoas, que buscam realização profissional, independência financeira, ou, simplesmente, sua sobrevivência[23].

Pelos dados apresentados pelo Registro de Comércio, que congrega todas as Juntas Comerciais dos estados brasileiros, entre o período de 1985 a 2001, quando foram registradas cerca de 8 milhões de empresas, 14,2%, da população adulta, esteve envolvida em alguma atividade empreendedora. Esses números poderiam ser sensivelmente aumentados, caso houvesse maiores investimentos em educação e infra-estrutura, facilidade de acesso ao crédito, com menos burocracia e se a sociedade passasse a valorizar mais os investimentos de risco.

De considerar-se, ainda, que o pequeno empresário não consegue vislumbrar os perigos do negócio que está a implementar, como, identificar, adequadamente, o negócio, a clientela a ser atendida, o local, os fornecedores potenciais. Não sabe planejar as necessidades financeiras do negócio, desconhece regras de boa administração, de produção de bens ou serviços, com padrão de qualidade e de

23. CHIAVENATO, Idalberto. *Empreendedorismo - Dando asas ao espírito empreendedor.* Saraiva, 2004, p. 11/13.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 510 5/3/2007 12:35:07

custo e, também, é desprovido de noções básicas de venda e promoções de produtos ou serviços.

O consultor, Edward Glaeser, da Universidade de Harvard, em palestra que ministrou no Brasil, intitulada *"Ações de responsabilidade social em educação – Melhores práticas na América Latina"* e, em entrevista ao Jornal Valor (03 de julho de 2006, p. D-06), destaca que o modelo brasileiro deve abraçar o empreendedorismo. Nesta entrevista, onde faz uma comparação entre o modelo de sucesso da China, com o Brasil, mostra que o sucesso, daquele país, está ligado, diretamente, aos investimentos efetuados, no sistema educacional, que deveria ser seguido pelo nosso governo. Sugere, ainda, que o Brasil tem melhores condições do que a China, em virtude de ser um país democrático, a educação ser mais aberta e com possibilidades de parcerias, entre o governo e o setor privado. Ao contrário da China, onde o sistema é impositivo, emanando as decisões de cima para baixo, o que é um perigo, pois, fica-se muito na dependência das pessoas que estão no poder.

Aspecto negativo que deve ser levado em conta, segundo estudos do SEBRAE, é que, 70% dos empreendedores, constituem seus negócios, muito mais como uma opção ao desemprego do que como uma verdadeira organização mercantil, ou seja, a razão se dá muito mais por necessidade e não por buscar novas perspectivas no mercado[24].

Nesta linha de raciocínio, Renato Bernhoeft, em matéria publicada no Jornal Valor, (19 de junho de 2006, p. D-06) intitulada *"Os empreendedores ainda surgem da adversidade"*, analisa, esta questão, no sentido de que os empreendedores que estão surgindo, hoje, ainda são produto das mesmas condições e características daqueles emergentes do século passado, que construíram o modelo empresarial brasileiro.

Destaca, o autor, na matéria, que a diferença mais marcante é que, hoje, não são imigrantes que fogem das adversidades e da falta de perspectivas dos seus países de origem. Misturam-se ao atual fluxo de estrangeiros, que aportam no Brasil, um significativo contingente de brasileiros, oriundos da periferia urbana, e de pessoas que buscam novas regiões para encontrar formas diferentes de sobreviver, especialmente, na medida em que o emprego convencional vem reduzindo.

---

24. RIBEIRO, Argemiro Edson. *A Necessidade de Ser Empreendedor*, Gazeta Mercantil, SP, 29 à 31 dez de 2000 e 01 de jan. de 2001. Cartas e Opiniões, p. A2

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 511 5/3/2007 12:35:08

Salienta, ainda, para reforçar seus argumentos, recente pesquisa, feita pelo Instituto Fernando Braudel, realizada em 1092 domicílios da periferia da cidade de São Paulo, que concluiu "que o sonho dos moradores da periferia, não é um emprego público ou uma carteira assinada, mas a grande aspiração da maioria é ter o próprio negócio e faze-lo prosperar e, por esta razão, que o comércio, nessas regiões, aumentam cada vez mais." Outro dado significativo, digno de registro, é que, 27% dos lares pesquisados são chefiados e mantidos por mulheres.

Po outro lado, o grande sonho das famílias de classe média, é ter um emprego formal, ou um emprego "estável" no serviço público. Nas classes mais abonadas, "o conforto" da proteção familiar e do dinheiro fácil geram uma acomodação que termina dificultando que as gerações seguintes entendam que necessitam empreender, como forma de agregar valor ao patrimônio, além de buscar fontes alternativas de liquidez. Caso contrário, sentiram na pele, mas tarde, o fato que os lucros, obtidos pelos investimentos ou negócios, não crescem na mesma proporção do que a família consegue gastar.

Conclui o artigo que, uma das reflexões que devemos fazer é que, a cada dia, aumenta a responsabilidade dos pais na orientação do futuro de seus filhos. O modelo de sucesso, que valeu para atual geração adulta, já não serve, pelo menos em grande parte, para os que, hoje, se preparam para ingressar no mundo do trabalho. Destaca, também, a importância de educar-se os filhos para a vida, com todas as facilidades e dificuldades que ela apresenta, sem querer poupá-los do processo de auto aprendizagem.

Em conseqüência da falta desses atributos, frustra-se o grande potencial empreendedor de que são dotados os brasileiros.

e) Dificuldades de Acesso ao Crédito

O acesso ao crédito é difícil e caro. Os bancos brasileiros, quando emprestam, cobram uma das maiores taxas de financiamento, o que inviabiliza o seu repasse aos custos das mercadorias, tirando-lhes a competitividade em termos de preço, que são fatores condicionantes da mortalidade precoce dos pequenos negócios.

O caminho para falta de capital de giro seriam as linhas de crédito do BNDES, as mais compatíveis do mercado, porém o acesso é difícil dada a complexidade para a sua obtenção. Exigi-se apresentação de várias certidões negativas de contribuições, impostos e outras obrigações com o governo federal, estadual

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 512 5/3/2007 12:35:08

e municipal, além da necessidade de apresentar garantias, o que exclui boa parte das ME e EPP.

Em razão das dificuldades encontradas para acesso ao crédito algumas grandes empresas como é o caso da PETROBRAS, GENERAL MOTORS, tem procurado financiar os seus pequenos fornecedores, pois o atraso no fornecimento de um produto, ou a sua quebra, tem reflexos em toda a cadeia produtiva. Diante desta preocupação alguns bancos tem criado um linhas de crédito (Fundos de Recebíveis), para aquisição dos títulos que as ME e EPP tem a receber, como no caso da PETROBRAS.

f) Falta de Profissionalismo

Com raras exceções, observamos o predomínio do profissionalismo. O empreendedor não faz um planejamento estratégico do seu negócio. Não tem metas claras, são desorganizados. Misturam os negócios da empresa com os da pessoa física, já que se constata que a grande maioria são de origem familiar. Não procuram se atualizar nas áreas de seus negócios[25], estudando ou freqüentando cursos e palestras. Não investem em novas tecnologias que lhe diminuiria custos e lhe daria maior eficiência.

Em pesquisa, realizada pelo SEBRAE, Regional Ribeirão Preto, aponta que, de 30.493 em regular funcionamento, existam cerca de 60.000, na informalidade, ou seja, o dobro das formais. Os motivos principais, alegados para permanecerem na informalidade, são, a burocracia e o alto custo para regularizar o seu negócio. Sem a sua regularização, os pequenos empresários, ficam limitados, no seu dia-a-dia, porque não conseguem emitir nota fiscal, nem podem contratar seus funcionários, não podem fazer propaganda, nem ter uma fachada comercial, que, sem dúvida, limita, muito, suas atividades (Gazeta de Ribeirão Preto, 06 de julho de 2006, p. 7). Não têm acesso a empréstimo junto a bancos, e, quando têm,

25. Os dados da realidade apresentado pelo SEBRAE não coincidem com o trabalho de pesquisa desenvolvido pelos Professores Silvia H. C. R. V. de Camargo, Osvaldo e Farah e Dante P. Martineli intitulado " Estratégias Empresariais Utilizadas Nas Micro, Pequenas e Médias Industrias de Produtos Alimentícios, publicado na revista do Centro Universitário Moura Lacerda, ano 6 nº 6, nov. 2002. Neste trabalho os autores contestam que o micro, pequeno e médio empresário não tenha organização, mas reconhecem que o brasileiro é empreendedor e criativo. Todavia entendemos que os dados em que se apoiam são muito restritos pois analisa um universo de apenas 13 empresas da cidade de Ribeirão Preto/SP e região, além de analisarem um setor muito especifico que é das industrias de produtos alimentícios. Ademais a pesquisa não refere-se dentro do universo pesquisado quais seriam micro, pequenas e médias empresas e os dados do SEBRAE refere-se as micro e pequenas.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 513 5/3/2007 12:35:08

é bem mais caro do que aos das grandes empresas, pois, como não há o registro da pessoa jurídica, têm que fazê-lo em nome da pessoa física, ou, através de financiamento, via cheque especial ou cartão de crédito, segundo o Presidente do Sindicato das Micro e Pequenas Indústrias do Estado de São Paulo – SIMPI, Joseph Cury, em entrevista à Revista Vida Executiva (junho de 2006, p.50/55), intitulada o *"Grande poder das pequenas"*.

Em comentários à esta pesquisa, a professora do Departamento de Economia, da FEA-USP, Elaine Toldo Pazelo, acredita que as empresas não formalizadas são importantes para dar flexibilidade ao mercado. Este, quer queira, ou não, acaba movimentando um volume grande de recursos. Tem um efeito multiplicador. Quanto mais gente trabalhando, mais gente ganhando, mais gente comprando.

g) Falta de Clientes

Em decorrência dessa falta de profissionalismo, os clientes desaparecem. E, os poucos que aparecem, são atendidos de forma deficiente, o estoque é insuficiente, a localização é inadequada, pois, o empreendedor, não procura pesquisar e conhecer as suas necessidades. Além disso, deixam de inovar em suas áreas, não investem no negócio para aprimorá-lo. Consequentemente, o cliente sai insatisfeito com o mau atendimento, decorrente de sua negligência, que é um dos aspectos fundamentais para o êxito do negócio.

h) Inadimplência

Como as ME e EPP têm sua carteira de recebimentos concentrada em poucos clientes, se o mercado torna-se instável, os mesmos atrasam suas obrigações, refletindo, sensivelmente, em seu fluxo de caixa, que, em alguns casos, pode ser fatal para sua sobrevivência.

i) Crise Econômica do País

Aliado a todos esses fatores, deve-se considerar que o país está suscetível a turbulências econômicas, o que atinge, mais diretamente, os pequenos negócios, em razão da sua precária estrutura econômico-financeira, aliada à dificuldade de acesso ao crédito, também caro.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 514 5/3/2007 12:35:08

j) Falta de Competitividade

Considerando-se ainda esses fatores, as ME e EPP perdem competitividade entre si, com as empresas informais[26] e com as grandes empresas.

Segundo o consultor Mauro Johashi, da RCS auditoria e consultoria, para concorrer no mercado é importante oferecer algo diferente, localizar nicho de mercado, oferecendo serviços e produtos mais personalizados[27].

l) Concorrência Desleal imposta pela atividade informal

Os pequenos negócios são os que mais sofrem com essa conjuntura adversa. Eles têm menos fôlego para honrar seus compromissos fiscais e ainda tem que enfrentar mais diretamente a concorrência desleal do mercado informal, que não paga qualquer tributo, além de seus empregados não serem registrados.

m) Alto índice de Mortalidade

Com todos esses entraves, os resultados não poderiam ser diferentes, ocasionando, como decorrência natural, alto índice de mortalidade prematura do setor. Conforme salientado, mais de 60% dos negócios encerram suas atividades no segundo ano de funcionamento, o que é desproporcional em relação a média de outros países.

Portanto, este ambiente extremamente hostil, precisa ser mudado, para proporcionar maior apoio as ME e EPP. A solução que se pretende está na Lei Geral das ME e EPP, segundo os estudos da frente empresarial e coordenados pelo SEBRAE.

Analisemos, assim, os principais pontos da proposta desta Lei, já aprovada na Câmara dos Deputados e em discussão no Senado Federal.

4.5. Aplicação da Lei Geral

A Lei Geral tem por objetivo sistematizar toda a matéria relacionada aos campos tributário, previdenciário, trabalhista, empresarial e contábil, procurando

26. "Perspectivas da Economia Informal em face do Comerciante Individual e das Sociedades Comerciais, anais do VIII Congresso Argentino de Derecho Societário e IV Congresso Iberoamericano de Derecho Societário y de la Empresa, Rosário, Argentina, 3 a 6 de outubro de 2001, Tomo I, pps. 303/311.
27. Http://www.crasp.com.br/clippingnews/set05/200597/CN05.htm <disponível em 27/09/2005>

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 515 5/3/2007 12:35:08

estabelecer um ambiente mais favorável nas esferas, jurídica, econômica e política para à criação e manutenção das micro e pequenas empresas no âmbito federal, estadual e municipal.

A questão passou a ser debatida, sistematicamente, no ano passado, mas tratava, inicialmente, da formalização de pré-empresas (aquelas com faturamento anual de até R$ 36.000,00).

No ano de 2005, entretanto, quando foi criada a Comissão Especial para analisar o Projeto, é que passou-se a, efetivamente, dar-se a atenção necessária para o tema. O legislador responsável pelo Projeto inicial, solicitou a anexação de todos os projetos que tratavam sobre o assunto. No total, foram mais de 17 projetos além do anteprojeto de lei geral, proposto pelo SEBRAE, que foram debatidos sob a forma de audiência pública e de debates com representantes das entidades.

4.6. A Lei Geral Vista como Microsistema

Trata-se de um projeto que tem natureza de microsistema, diferentemente dos grandes sistemas legislativos que imperavam no final do século XVIII e inicio do século XIX.

Em termos de técnica legislativa esses grandes sistemas legislativos, foram propugnados por Savingy, na Alemanha. Esse modelo clássico de codificação objetiva a reunião completa de toda a matéria de algum ramo jurídico em um sistema organizado. Esse modo de sistema possibilitava a consagração das fontes do Direito, propiciando a superação das leis sobre os costumes. Igualmente possibilitava a superação de determinados particularíssimos jurídicos.

Todavia no século XX verifica-se a superação deste modelo clássico de codificação e consequentemente, uma expansão da legislação especial, que não tinha intenção em especificar os princípios.

Essas leis especiais passam a adquirir certa estabilidade, permitindo o surgimento de novas leis afim de assegurar a sua aplicabilidade e seu cumprimento, através de modificações nas normas do direito comum.

Desta forma[28], nascem os micro sistemas de normas, para atender determinada situação jurídica, conferindo uma visão de conjunto de todo o fenômeno

28. DE LUCCA, Newton. "A proteção ao consumido e o Mercosul" in *Revista de Direito do Consumidor*, 12/29, apud PROENÇA, José M. Martins, Disposições preliminares – aplicação da legislação, competência e intervenção do Ministério Público in Comentários a Nova Lei de Falências, coordenação Rubens Approbato Machado, ed. Quartin Latin, p. 53.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 516 5/3/2007 12:35:08

e imune a contaminação de regra de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento do sistema[29].

O nascimento desses microsistemas deve-se ao desenvolvimento dos estudos, a especialização ou a especificidade de alguns institutos, a imposição social e/ou econômica da regulação mais pormenorizada de alguns institutos inter-relacionados, dentre inúmeros outros argumentos que poderiam ser considerados[30].

Poder-se-ia contestar o surgimento dos microsistemas com o argumento que seria um subsistema. Todavia tal argumento não convence, uma vez que as normas gerais e as especiais não se organizam segundo relação de subordinação e também não se submetem as normas especiais ao critério das normas gerais. Os microsistemas, ao contrário são dotados de uma lógica autônoma e o seu estudo ocorre em disciplina própria em face da importância e a estrutura que alcançaram.

Alberto Amaral Júnior neste sentido explica[31]:

> "O micro sistema se caracteriza por apresentar princípios específicos, diversos ou até mesmo contrários ao estabelecido pelo código, que passa a restringir a disciplina dos casos residuais, não contemplados pelo microsistema".

A proposta que em breve se tornará em Lei Geral das ME e EPP, incorpora-se nesta tendência atual das descodificação do direito, em contraposição as idéias de Savingy dos grandes sistemas jurídicos do século XIX.

Esta legislação portanto, deve ser entendida em conformidade com a noção moderna de microsistema, mesmo que não configurando um ramo autônomo do direito. É certo que entrelaça-se com outros ramos, possuindo principiologia própria em defesa de determinados bens jurídicos.

O microsistema é dotado, ainda, de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria face a importância e a estrutura que alcançou.

Espera-se em fim que, o microsistema jurídico promova em nosso país o tão desejado desenvolvimento econômico empresarial, com estímulo ao empreendedorismo.

---

29. NERI JÚNIOR, Nelson, "Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor" in *Direito do Consumidor*, v. 3, abr./jun. 1996, p. 44/77 apud PROENÇA, José M.M. op. cit. p. 53.
30. PROENÇA, José M.M. op. cit. p. 53
31. AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Proteção do Consumidor nos Contrato de Compra e Venda.* São Paulo/SP, ed. RT, 1993, apud PROENÇA, José M.M. op. cit. p. 54

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 517 5/3/2007 12:35:09

Países com taxas de juros equilibradas e legislações que fomentam a criação de empresas possuem um alto IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Este índice reflete, por exemplo, na distribuição de renda, que em países como o Chile, a Argentina (antes da crise de 2001), os Estados Unidos e alguns países da União Européia é mais equilibrada.

O desenvolvimento econômico sustentável, passa inicialmente pela distribuição de renda, que é um dos objetivos da proposta, considerando que atualmente, o Brasil é o segundo país que possui a pior distribuição de renda do mundo.

A proposta do projeto de lei, ora em fase de discussão, é proporcionar um ambiente mais favorável, política e economicamente, ao desenvolvimento das atividades empresariais do país.

Deve-se salientar que, desde à década de 60, quando, pela primeira vez, no governo do Presidente **Juscelino Kubistchek**, fez-se referência sobre as ME e EPP, observava-se que as legislações tinham contribuído, mas não solucionado o problema, considerando-se que os índices de mortalidade precoce ainda continuam altos, em comparação com outros países, a exemplo do Chile, da Argentina, da Espanha, entre outros.

Nos países mais desenvolvidos e com boa distribuição de renda, como é caso da Espanha, Itália, Coréia do Sul, a participação das ME e EPP no PIB tende a equilibrar-se com a das grandes empresas. Todavia, no Brasil, ainda está na casa dos 20%, indicando a necessidade de se dedicar políticas públicas de apoio a sua constituição, funcionamento e encerramento.

Com o fortalecimento de suas atividades, as ME e EPP, podem contribuir para temas cruciais da agenda nacional, como o combate à pobreza, geração de empregos, melhor distribuição de renda, redução da informalidade e, consequentemente, aumentar a base de arrecadação tributária, com maior justiça social.

Trata-se de uma Lei inteligente com três vertentes distintas:

a) Contribui para inclusão social;

b) Geração de riqueza;

c) Distribuição de renda

Somente com um equilíbrio mais equânime entre microempresas e as macroempresas é que se poderá reverter o quadro de alto índice de mortalidade entre os pequenos negócios.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 518 5/3/2007 12:35:09

Nesta linha de pensamento, a frente empresarial, constituída pela FIESP, Ciesp e outras organizações, sob a coordenação do Sebrae, elaboraram e encaminharam o projeto da "Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas" ao Congresso Nacional, que vem se constituir em um marco regulatório de amplo espectro para o setor.

A aprovação da Lei Geral da ME e EPP representará o início de uma nova era para o desenvolvimento econômico e social do país, que, em conjunto com outras medidas e ações, colaborará, decisivamente, para a superação de uma situação de desigualdade, hoje reinante, que afeta de forma dramática os pequenos negócios.

A Lei geral tem como objetivo reduzir o alto índice de informalidade reinante no país, criando um sistema de tributação que incentive a ascensão dos pequenos negócios, diferentemente do quadro atual.

4.7. Breve Análise da Lei

A Lei regulamenta o artigo 146 inciso III, letra d, introduzido pela Emenda Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003, o artigo 170, inciso IX e artigo 179. Em face de propulguinar pela alteração da Constituição Federal é encaminhado na forma de Lei Complementar, recebendo o nº 123/04, na Câmara dos Deputados.

A proposta encaminhada em junho de 2005, sob a coordenação do SEBRAE tinha 78 artigos, divididos em 14 capítulos, tendo sido alterado na Câmara dos Deputados para 88 artigos, tornando-se uma proposta bem mais detalhada e complexa, desfigurando totalmente a proposta enviada em razão de acordos entabulados entre governo e oposição.

> É inegável os avanços que a Lei Geral trará para todo o sistema macro e micro econômico, sob o aspecto tributário, simplificação das obrigações, favorecimento e diferenciamento do tratamento dispensado ao setor. Mas, um dos pontos mais importantes do projeto de lei, em termos de avanço, refere-se ao fato de padronizar nacionalmente os conceitos de Micro e Pequena Empresa. Pelo projeto de lei, Capítulo II (art. 3º) será considerada Microempresa, o empresário, a pessoa jurídica cujo faturamento bruto anual não exceder o limite de R$ 240 mil (inc. I), e Empresa de Pequeno Porte, o empresário, a pessoa jurídica ou a ela equiparada, que auferir, em cada ano calendário receita bruta igual ou inferior a R$ 2,4 milhões. (inc. II).

Acolhem o projeto a disposição do art. 966 do Código Civil de 2002 que considera ME e EPP a sociedade empresária, a sociedade simples, e o empresário

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 519 5/3/2007 12:35:09

individual, devidamente registrados no Registro das Empresas Mercantis ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A proposta tributária aprovada na Lei Geral é inovadora, pois a receita será onerada em R$ 5,3 bilhões, ao invés dos R$ 15 bilhões, inicialmente previstos. A compensação será o crescimento econômico, geração de empregos e renda para milhões de brasileiros. A expectativa, com esse tratamento, é reduzir o desemprego à metade, ou seja, deverá cair de 12%, para 6%. Em 3 anos.

Somado a isso, o Projeto cuida e procura normatizar as seguintes matérias:

Capítulo I – Das Disposições Preliminares (art. 1º e 2º)

Capítulo II – Da Definição de Microempresa e Empresa de Porte (art.3º)

Capítulo III – Da Inscrição e Baixa no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 4/11)

Capítulo IV – Dos Tributos e Contribuições (art. 12/41)

Seção I – Da Instituição e Abrangência (art. 12/16);

Seção II – Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional (art. 17)

Seção III – Das Alíquotas e base de cálculo (art. 18/20);

Seção IV – Do recolhimento dos Tributos devidos (art21);

Seção V – Do repasse do produto da arrecadação (art.22);

Seção VI – Dos créditos (art. 23/24);

Seção VII – Das obrigações fiscais e acessórias (art.25/27);

Seção VIII – Da exclusão do Simples Nacional (art.28/32);

Seção IX – Da fiscalização (art. 33);

Seção X – Da omissão de receita (art. 34);

Seção XI – Dos acréscimos legais (art. 35/38);

Seção XII – Do processo administrativo e fiscal (art.39/40);

Seção XIII – Do processo judicial (art. 41);

Capítulo V – Do Acesso aos Mercados (art. 42/49)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 520 5/3/2007 12:35:09

Seção Única – Das aquisições públicas;

Capítulo VI – Da Simplificação das Relações de Trabalho (art. 50/54)

Seção I – Da segurança e da medicina do trabalho (art. 50);

Seção II – Das obrigações trabalhistas (art. 51/53);

Seção III – Do acesso a Justiça do Trabalho (art. 54)

Capítulo VII – Da Fiscalização Orientadora (art. 55)

Capítulo VIII – Do Associativismo (art. 56)

Seção Única – Do Consórcio Simples

Capítulo IX – Do Estimulo ao Crédito e a Capitalização (art. 57/63)

Seção I – Disposições Gerais (art. 57/61)

Seção II – Das responsabilidades do Banco Central do Brasil (art. 62)

Seção III – Das condições de acesso aos depósitos especiais do fundo de amparo ao trabalhador – FAT (art. 63)

Capítulo X – Do Estimulo a Inovação (art. 64/67)

Seção I – Das Disposições Gerais (art. 64)

Seção II – Do apoio a inovação (art. 65/67)

Capítulo XI – Das Regras Civis e Empresariais (art. 68/73)

Seção I – Das regras civis

Subseção I – Do pequeno empresário (art. 68)

Subseção II – Do empreendedor individual de responsabilidade limitada (art. 69)

Seção II – Das deliberações sociais e da Estrutura Organizacional (art. 70/71)

Seção III – Do Nome Empresarial (art. 72)

Seção IV – Do Protesto de Títulos (art. 73)

Capítulo XII – Do Acesso à Justiça (art. 74/75)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 521 5/3/2007 12:35:09

Seção I – Do acesso aos Juizados Especiais (art. 74)

Seção II – Da Conciliação Prévia, Mediação e Arbitragem (art. 75)

Capítulo XIII – Do Apoio e da Representação (art. 76)

Capítulo XIV – Das Disposições Finais e Transitórias (art. 77/88).

O Projeto reuniu 17 projetos semelhantes ou análogos que continham matérias relacionadas à Lei Geral, que se encontravam em tramitação no Congresso Nacional.

4.8. Princípios norteadores da Lei Geral

A Lei Geral tem alguns princípios fundamentais destacando-se:

a) Geração de empregos;

b) Distribuição de renda;

c) Redução da informalidade;

d) Incentivo ao crescimento dos pequenos negócios;

e) Ampliação da competitividade;

f) Desenvolvimento da economia nacional, como resultante dos outros princípios.

4.9. O projeto da pré-empresa

Entre os projetos maior relevo destaca-se da Lei Complementar da Pré-Empresa (nº 210/04), de interesse do Poder Executivo para aqueles que percebem renda anual não superior a R$ 36.000,00, onde se procura conceder incentivos tributários, trabalhistas e previdenciários. Em uma primeira analise realizada pelo SEBRAE, calcula-se que 80% dos chamados setores informais se enquadram nesta margem de faturamento anual.

Segundo o Presidente da Confederação Nacional da Industria – CNI -, deputado Armando Monteiro Neto, estima-se que com as 10 milhões de empresas informais, o governo deixa de arrecadar cerca de 3 a 5 bilhões por ano.

Para o Presidente do SEBRAE nacional, Paulo Okamoto, muitas das pessoas que trabalham para as empresas informais poderão vir a contribuir para o aumento da base de arrecadação da previdência.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 522 5/3/2007 12:35:09

A proposta encaminhada prevê a isenção de todos os tributos federais. A exceção é para a contribuição para a seguridade social, que terá aliquota fixa de 1,5% sobre o faturamento, sujeita a acréscimo de outros 1,5%, caso o empreendimento seja contribuinte do ICMS, ou 2% caso o negócio seja tributado pelo ISS.

Outra medida de interesse é que substitui o tributo estadual por um valor fixo de R$ 45,00 no lugar do ICMS e R$ 60,00 no lugar do ISS.

No que diz respeito aos encargos trabalhistas, reduz a contribuição FGTS de 8% para 0,5% sobre o salário, desde que os empregados concordem expressamente com a redução.

Outra medida de interesse da Lei Geral é a possibilidade dos pequenos negócios utilizar-se da lei Kandir, que os isenta da tributação do ICMS nas exportações.

Esta proposta inicial ao longo de sua tramitação no Congresso Nacional vem sofrendo mudanças significativas no sentindo de contemporizar os interesses do governo que abrirá mão de expressiva parte da arrecadação tributária anual, que inicialmente era da ordem de R$ 16,5 bilhões de reais segundo o Ministério da Fazenda. Mas no entendimento dos estudos elaborados pela FGV – Fundação Getúlio Vargas – a pedido do SEBRAE que contesta está cifras, será algo em torno de R$ 5,6 bilhões de reais, próxima a ao número do Governo, excluindo-se R$ 10 bilhões de reais a contribuições a previdência social.

Ademais constam várias matérias polêmicas, como a própria alteração da recém criada Lei de Falências, onde os créditos terão preferencias sobre os empregados e o com fisco. A correção dos créditos das MPE pela taxa Selic., além de serem atualizados anualmente, o que contraria a intenção do governo de acabar com a indexação. Propõe ainda, a dispensa de apresentação de vários documentos como RAIZ, o pagamento do salário – maternidade que ficará a cargo da previdência social o que aumentará ainda mais seu déficit, além de outras, que o parlamento irá discutir e aperfeiçoar, de forma a ponderar os interesses e objetivos mais amplos.

Em suma, a apreciação que se faz, é que a Lei Geral das ME e EPP, sancionada no dia 14 de dezembro de 2006, tem uma combinação da leveza da desregulamentação com o vigor das políticas de fomento, previstas na sua proposta, que irá, com certeza, reverter os quadros atuais de alta mortalidade precoce das empresas, e o processo crescente de informalidade dos pequenos negócios, recuperando assim suas condições de competir e, na formalidade de desenvolver-se.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 523 5/3/2007 12:35:10

A Lei Geral, acreditamos, não resolverá todos os problemas das ME e EPP. Só uma profunda reforma tributária resolveria a questão. Todavia enquanto ela não ocorre, a sua aprovação, sem dúvida, ajudará a mitigar o problema cruciante do setor. Ela pode trazer benefícios aos pequenos negócios, se efetivamente, conforme previsto unificar todos os tributos federais, estaduais e municipais em um único sistema de arrecadação, um SIMPLES nacional, com a evolução gradual de aliquota de impostos.

Além de reduzir a carga tributária, um SIMPLES unificado pode representar menos burocracia, o que gerara mais tempo para o pequeno empresário dedicar-se ao seu negócio, segundo afirma Carlos Henrique Levandowski, Presidente da Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas[32].

5. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de tecermos maiores comentários sobre a Função Social da Empresa, necessário se faz neste passo analisarmos a legislação pátria que cuida desta importante função social.

A Função Social vem sendo consagrada nos ordenamentos jurídicos desde 1919, com a Constituição Weimar 1919, artigo 153, última alínea, passando pela lei fundamental Bonn de 1949[33].

Em nosso ordenamento a Constituição de 1967, com a emenda de 1969, a consagrou no artigo 160, inciso III.

A nossa Lei Maior, ou seja, a Constituição Federal arrola entre os direitos e garantias fundamentais o direito a propriedade, previsto no artigo 5º, XXII. Todavia condiciona o seu exercício ao atendimento da função social, artigo 5º, XXIII.

O direito a propriedade privada como um principio reitor da ordem econômica financeira, também determina a observância da função social em seus artigos 170, II e III.

32. VALOR ECONÔMICO. "Balcão Moderno", caderno especial Micro e Pequenas Empresas, pág. F1, 26 de jul. 2006.
33. BOITEUX, Fernando Netto. "Função Social da Empresa e o Novo Código Civil". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: Malheiros, Ano 41, Nº 125, p. 48/57, jan/mar. 2002 p. 53

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 524 5/3/2007 12:35:10

Nesta perspectiva a propriedade deve ser vista não como um direito individual, mas relativizado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são pré-ordenados em vista da realização de seu fim, que é assegurado a todos indivíduos existência digna conforme os ditames da justiça social[34].

Desta forma, o Principio da Função Social, conforme se observa ganha substancia quando aplicado a propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade dos referidos bens, implementada com uma destinação. A propriedade na qual reflete com maior intensidade os efeitos deste principio é a propriedade, dinâmica, dos bens de produção. Assim quando nos referimos a função social dos bens de produção em dinamismo, referimo-nos a função social da empresa[35].

O professor Fábio Nusdeu, classifica os bens quanto a sua finalidade em bens de consumo e bens de produção. Os primeiros atendem de forma direta e imediata a uma dada necessidade, para satisfação humana. Por outro lado, os bens de produção, são empregados para, em imensa cadeia técnica gerarem os bens de consumo[36], que são os instrumentos e meios que produziram os bens de consumo. Desta forma, se os bens receberem uma destinação especifica, passam a ser considerados bens de produção, conceito que contrasta com o de bem de consumo[37].

Conforme se observa, a classificação dos bens em produtivos ou de consumo não se funda em sua natureza ou consistência mas na destinação que lhe é dada. E a função destinada a determinado bem no ciclo econômico, seja como instrumento de produção, seja como coisa consumivél, pode ser realizada por diversos tipos de relação jurídica, como é o caso de uma mesma maquina componente do capital técnico de uma empresa poder ser objeto, de propriedade, de alienação fiduciária, leasing ou comodato[38].

Portanto independente da relação jurídica da qual são objetos os bens de produção, o ordenamento jurídico os considera aptos e necessariamente vinculados a necessidade de satisfazer sua função social, pois são bens de flagrante repercussão social, prescrita pelo direito, principalmente quando essa repercussão

---

34. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* ed. 11º. São Paulo: Malheiros, 1996 p.743.
35. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 128.
36. NUSDEU, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41
37. CAVALLI, Cássio Machado. *O Direito de Empresa no Novo Código Cvil.* RT, V. 828, p. 43/78, out. 2004
38. KOMPARATO, Fábio Conder. *Direito Empresarial.* São Paulo: Saraiva, 1995 p.29/30

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 525 5/3/2007 12:35:10

estiver de acordo com as políticas públicas de bem estar social que interferem no próprio conteúdo da propriedade, não apenas a limitar seu uso e o gozo do objeto[39].

Assim, entende-se que a noção de função supra mencionada significa um poder, ou melhor o poder de conferir ao objeto da propriedade destino determinado, vinculando-o a um objetivo que corresponda ao interesse coletivo e não somente ao interesse individual do proprietário, o que não impede que haja harmonia entre um e outro[40].

Quando os bens de produção são destinados a exploração empresarial, a função social passa ser do seu titular, que gradativamente vai se concientizando da sua relevância e importância

> "Os empresários brasileiros estão modificando o conceito que até pouco tempo tinham da organização empresarial. A empresa não existe somente para gerar lucros, o que era seu escopo fundamental; esta, segundo a moderna mentalidade dos empresários deve, também, se preocupar com a melhoria das condições de vida do ser humano, primeiramente da sua equipe de colaboradores e, num segundo momento, com a comunidade na qual a organização está inserida.[41]"

Nesta perspectiva cabe ao empresário moderno destinar a propriedade dos bens de produção da qual é titular de uma função social, que extrapole os limites estreitos de seus interesses particulares, especialmente quando se tratarem de mega-empresários responsáveis pelo acumulo de movimentação de capitais milionários, em algum casos superiores ao P.I.B. de muitos países.[42]

No âmbito da legislação ordinária, o decreto-lei nº 2627/40 já determinava, no artigo 116 § 7º que os diretores deveriam agir diligentimente no exercício de suas funções tanto no interesses da empresa, como no do bem público. Todavia a doutrina e a jurisprudência da época de pouca atenção a este dispositivo.

A Lei 6404/76 e suas posteriores alterações, por sua vez já foi explicita quanto a função social, destacando-a nos artigo 116 parágrafo único quando determina: "o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade que atua, cujo os direitos e obrigação devem lealmente respeitar e atender.

---

39. DERANI, Cristiane. Pág 57.
40. COMPARATO, Fábio Konder. Op.cit. pág. 32. Nota 263.
41. ARNOLDI, Paulo R. C; RIBEIRO, Ademar p. 224
42. MICHELAN, Tais C. de Carmago. P.248 nota 1

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 526 5/3/2007 12:35:10

Já o artigo 154 da mesma Lei caput e § 4º, também ressaltam o exercício da função social.

> "Artigo 154 – O administrador da companhia deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para logra os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigência do bem público e da função social da empresa"
>
> § 4º – O Conselho de Administração ou a Diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em beneficio dos empregados ao da comunidade em que participe, tendo em vista suas responsabilidades sociais

Como se observa da leitura destes dispositivos legais, houve a preocupação por parte do legislador de inserir um principio salutar ao entendimento e interpretação do comando que impõe a observância da função social da empresa.

Nesta perspectiva pode se afirmar que a empresa passou a se constituir num repositório de múltiplos e variados interesses, indo do interesse privatistico dos acionistas ao interesse social. A empresa não é apenas uma maquina de fazer lucros que agem abstratamente no meio social sem considerações de ordem ética. Ela nos dias atuais tem severos e graves deveres com a coletividade em cujo o meio atua[43].

Como demostra a Lei uma empresa, que se reveste da forma de Sociedade Anônima não é mais uma simples união de pessoas que se congregam para satisfazer a interesses privados, mas sim uma instituição que fica sujeita as exigências do bem público desempenhando, assim, uma função social[44].

Para o Professor Alfredo Lamy Filho a primeira notícia sobre a função social da empresa foram feitas por Walter RATHENAL, na Alemanha quando sustentava que a companhia não deve agir para realizar o interesse egoistíco dos sócios, mas sim o interesse transcendente da empresa em si, que se identifica com o interesse da coletividade nacional. A empresa que antes era apenas um instrumento para realização dos lucros e utilizado para o beneficio exclusivo do acionista, passou a atender a uma combinação de outros interesses além daqueles dos próprios acionistas, como dos empregados, credores concorrentes, consumidores, entre outros[45].

---

43. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, V. II. 23º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207
44. MARTINS, Fran. *Comentários a Lei de Sociedade Anônimas*. V II, 2º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984 p. 370
45. A Lei das S.A . Rio de Janeiro: Renovar, 1997 p.95/96

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 527 5/3/2007 12:35:10

Também a de observar-se que no parágrafo 2º do mesmo artigo houve a preocupação do legislador de combate ao mal uso da propriedade, ao mencionar sobre a intenção de prejudicar, não sendo necessário a ocorrência do dano.

Da mesma forma o artigo 421 do Código Civil encontramos matéria relacionada a função social do direito de contratar, traduzindo em duas premissas apontadas por Adriana Mandem Theodoro de Mello:[46]

> "a) não há declaração de vontade livre e vinculante se os desiguais, social e economicamente considerados, não foram tutelados com normas jurídicas distintas tendentes a conferi-lhes isonomia e a realizar a máxima constitucional: todos são iguais perante a lei. Igualdade substancial (e não meramente formal) pressupõe tratamento isonômico para os semelhantes.
>
> b) por outro lado, a regulamentação dos contratos é instrumento de regulação e planejamento econômico, de realização de políticas sociais, promoção do progresso e manutenção da estabilidade social."

O legislador ao constatar ameaça de violação direta ou indireta dos valores sociais consagrados em princípios gerais do ordenamento jurídico – como a economia popular, a livre concorrência, a liberdade e as garantias individuais e sociais, a autonomia e soberania do Estado -, acaba por intervir na autonomia de vontade.

Na opinião de Wilson Gianulo,[47]

> "È obvio que a função social do contrato assume uma conotação atual mais ampla, uma vez que se estende às questões inerentes às relações de consumo, onde a contratação é da própria essência das relações entre os consumidores, produtores e comerciantes, bem como a equivalência das prestações, recebendo hodiernamente a pacta sun servanda tratamento menos absoluto do que há algumas décadas, admitindo-se com elementar viabilidade a incidência da regra *rebus sic stantibus*, a fim de que se mantenha o equilíbrio entre as prestações"

Assim, o legislador ao constatar a ameaça de violação direta ou indireta dos valores sociais consagrados em princípios gerais do ordenamento jurídico como: a economia popular; a livre concorrência; a liberdade e as garantias individuais e sociais; autonomia e soberania do Estado; acaba por intervir na autonomia de vontade.

---

46. MELLO, Adriana Mandem Theodoro. "A Função Social do Contrato e o Principio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro". *Revista Sintese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Sintese, v. 3, nº 16, p. 142-159, mar./abr.,2202 p. 147.
47. GIANULO, Wilson. *Novo código civil explicado e aplicado ao processo*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. V 2, artigos 421 a 1195. P. 743

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 528 5/3/2007 12:35:10

È de se ressaltar ainda conforme bem esclarece Fernando Netto Boiteux " que a sociedades nascem como um contrato e como o Código Civil prevê a função social do contrato no artigo 421, essa função automaticamente se estende ao contrato de sociedade, e deve ser entendida como incidindo sobre a própria causa do negócio.[48]

O atual Código Civil, por sua vez não faz referencia expressa a função social da empresa, mas diretamente no artigo 1228 § 1º faz a propriedade, no § 1º dizendo que " o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial aflora, fauna as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar da poluição do ar e das águas", o que subentende que aplica-se a propriedade dos meios de produção (empresa).

Também é de considerar-se que o Código esta todo permeado pelos princípios da socialidade, eticidade e da concretude, seguindo a tendência da Lei de Introdução ao Código Civil e a Lei da Sociedade Anônima.

Por esta perspectiva poder-se-ia entender que somente o empresário que explora suas atividades sob a forma de Sociedade Anônima estaria sujeito a observar uma conduta condizente com a função social, enquanto o empresário em geral regido pelas disposições do Código Civil não estaria, o que não tem procedência. O sistema jurídico não é fechado, mas plenamente suscetível as influências do meio social que está inserido. Ademais o sistema jurídico é interligado e comunicante.

Portanto, a despeito de não haver disposição especifica sobre a função social da empresa no contexto do Código Civil, não significa que os demais tipos de sociedades menores, especialmente as Sociedades Limitadas e as Sociedades Simples, que são os modelos utilizados para as ME e EPP não devam cumprir com a função social que lhes destinada, pelos princípios maiores da socialidade e eticidade e os da Constituição Federal previstos especialmente no artigo 5º inciso XXIII; 170 e seguintes quando fala dos princípios gerais da atividade econômica.

5.1. A Finalidade Social dos Meios de Produção das ME e EPP

Com as mudanças introduzidas nas últimas três décadas, aliadas ao avanço tecnológico do mundo globalizado e a rapidez das informações, impo-se a

48. BOITEUX, op. cit., p. 55, nota 72.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 529 5/3/2007 12:35:11

necessidade de reformas na sociedade atual. Para Arnold Wald:[49] a velha obrigação estática não mais responde aos anseios sociais. Ao contrário, hoje são dinâmicas, devendo portanto serem adequadas a nova moldura contratual.

A analise da extensão da função social deve ser feita dentro de uma visão sistêmica, tomando por base as normas e princípios constitucionais e em consonância com o Código Civil de 2002. Busca-se superar a equivocada idéia da função social como proteção da parte economicamente mais fraca.

Nesta nova perspectiva, a sociedade deve amoldar-se e adequar-se com o bom funcionamento da economia e da circulação de riquezas, não se descuidando da segurança jurídica, no sentido de que propiciar a sobrevivência das relações contratuais eficientes e equilibradas.

O Direito deve procurar conciliar-se com a economia e a ética, como garantia da segurança jurídica, com crescimento econômico e social sustentável e respeito aos direitos fundamentais do cidadãos.

Como observa Fábio Konder Comparato[50], a atividade empresarial deve ter finalidade social.

> " No estado liberal a ordem jurídica é vaga ou alheia aos fins determináveis. O direito limita-se a fixar regras mínimas, sem conceder privilégios a qualquer dos envolvidos, considerando-os iguais. A grande transformação se realizou quando foram tidas como legitimas a organização estatal e a construção da ordem jurídica em função dos objetivos sociais."

A preocupação de qualquer empresário quando constitui um negócio é a expansão de suas atividades futuramente. "Já se disse que todo o grande empresário no começo foi um pequeno."

O que se observa é que não importa o tamanho da empresa. A preocupação com o social não deve ser exclusiva das médias e grandes empresas, mas também das ME e EPP, pois estas desempenham as mesmas funções e atribuições do que as grandes só que em escala menor.

O interesse da empresa deve transcender o dos sócios, que normalmente busca o lucro. O interesse da empresa é mais nobre, devendo preocupar-se não só

49. WALD, Arnold. "A dupla função econômica e social do contrato". *Revista Jurídica Consulex,* ano 8, nº 175, p. 45-47, 30 abr. 2004.
50. COMPARATO, Fábio Konder. "Função social da propriedade dos bens de produção". *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, ano 25, nº 63, p. 71-74, jul./set. 1986.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 530 5/3/2007 12:35:11

com a produção e gerar lucros, mas deve ser um instrumento de desenvolvimento econômico social, a qual estão subordinados os interesses menos nobres dos sócios.

Em escala menor, os pequenos negócios também causa impactos na sociedade, sendo necessário analisa-los se estão cumprindo o principio da função social, conforme exemplo apresentado por Fernando Netto Boiteux[51]:

> " O impacto sobre o meio ambiente[...] não tem relação direta com o tamanho da empresa, pois uma pequena empresa pode causar maior impacto que uma grande, dependendo da sua atividade."

Assim, como se observa, o tamanho da empresa não é determinante para se medir sua função social, já que:

> "Quando nos referimos a função social da empresa, estão nos referindo a qualquer empresa, independentemente do seu porte, que possa ter impacto sobre o meio ambiente ao sobre a comunidade que atua[52]"

Assim, quando uma empresa produz bens de consumo ou presta serviços, quer seja ela grande ou pequena, ela deve fabricar produtos ou prestar serviços de qualidade, evitando a degradação do meio ambiente, a não utilização de mão-de-obra infantil e escrava, respeitar os direito trabalhistas e sociais e do consumidor, enfim, deve respeitar a legislação vigente. Portanto as obrigações e o respeito a legislação é de toda e qualquer empresa, não importando a sua dimensão.

Do exposto fica claro que falar-se em função social não é uma prerrogativa exclusiva das médias e grandes empresas, mas também das ME e EPP. Em suma a função social deve ser cumprida por "todas" empresas indistintamente, como forma de ocorrer um desenvolvimento econômico e social sustentável .

6. CONCLUSÃO

Após analise empreendida ao longo do presente trabalho, pode-se concluir que existe na atualidade um movimento de superação do antigo modo de pensar o sistema jurídico, em favor de um novo paradigma que se assenta na percepção dos valores e fins meta-juridícos que conferem ao ordenamento um colorido contrastante com a cinzenta hoje perceptível.

---

51. BOITEUX, op. cit., p.55, nota 72
52. BOITEUX, op. cit., p.55, nota 72

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 531 5/3/2007 12:35:11

O ideal de justiça, não comporta mais uma realidade social, fomentada por leis que mantém a postura arcaica em detrimento de evoluírem em prol da dignidade da pessoa humana.

A propriedade, nesta perspectiva, deixa de ser vista como um direito exclusivo, perpétuo e absoluto do seu titular, sendo transportada para uma dimensão que deve atender a função social, pois, é no seio da sociedade, que ela está inserida. Neste sentido, o seu titular deve utiliza-la não só no seu interesse particular, mas, também, no interesse da comunidade que está inserida, pois, é inadmissível, no mundo atual, marcado, revelado e declarado por tantas carências, o uso egoísta de bens que, antes de pertencer exclusivamente ao proprietário, tem antes de tudo uma função social.

Esta situação merece maior destaque, principalmente, quando se refere aos bens de produção.

O empresário, titular dos bens necessários ao exercício da atividade empresarial, retira os insumos do meio social, destinando-os a satisfação dos interesses da coletividade que deve, por questão da sua própria sobrevivência, ser abastecidas com bens, produtos e serviços de qualidade e a preços justo, em quantidades tais que sejam suficientes ao abastecimento de suas necessidades. Desta forma, o lucro não passa a ser o fim último e exclusivo a ser perseguido, ele passa a ser mera conseqüência desta atividade.

Portanto, o empresário moderno, não importa se é de uma grande empresa ou de uma pequena, é aquele que, na sua estratégia gerencial, deve se pautar, não só por necessidades econômicas, mas, principalmente, sociais, estabelecendo uma harmonia entre os setores que até pouco tempo atrás pareciam inconciliáveis. O econômico não exclui o social e o social não exclui o econômico. Ambos revelam o mesmo objeto de estudo: a sociedade. O que os diferencia é, tão somente, o enfoque que se confere a um ou outro perfil da sociedade.

Pela nova sistemática adotada no Código Civil de 2002 impõe-se ao empresário o dever de observar a Função Social da empresa, seguindo a determinação da norma maior em seus artigos 170 e 179.

Observa-se que, as formas para concretização da função social são inúmeras, mas o objetivo é um só: procurar conferir, voluntariamente, ao meio social em que está inserida, melhores condições de convivência entre os seres humanos, quer seja no meio de uma grande empresa ou de uma pequena, seja entre rico ou pobre, branco ou negro, mulher ou homem, nacional ou estrangeiro, idoso ou criança e outros. O que se busca, afinal, é o aperfeiçoamento do ser dotado de consciência humana coletiva.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 532 5/3/2007 12:35:11

O elemento socio-humanitário deve estar permeado em todo o desenvolvimento do trabalho.

A empresa não se constitui apenas num instrumento de arrecadação de dinheiro.

Há necessidade de conciliar dois conceitos contraditórios entre o lucro e o exercício da função social.

Esta função, que vai legitimar a propriedade dos meios de produção, está permeada por anseios sociais.

È certo que não se pode afastar-se da idéia de lucro. Ao contrário, deve-se estimulá-lo, como meio de desenvolvimento econômico e de retorno do capital investido. Todavia, deve-se estimular outros interesses que interessam a sociedade em geral.

O empresário, na tomada de decisões, deve observar critérios éticos, justos e transparentes.

Assim, o exercício da função social passa a ser um compromisso e não uma obrigação, pois agrega-se valores, que não são apenas os legais. È o caso do aspecto moral, ou seja, comprometimento da empresa a uma destinação especial ao meio em que está inserida. Por exemplo: As empresas americanas respondem por 27% da poluição do mundo e, mesmo assim, os Estados Unidos não ratificou o Protocolo de Kioto, que versa sobre a poluição ambiental. Desta forma, o que se observa é que as empresas não têm interesse na preservação do meio ambiente e nem um compromisso com a função social.

Essas empresas, descompromissadas com o exercício da função social, futuramente terão que mudar sua postura e forma de pensar, pois os consumidores estão se concientizando que as empresas inescrupulosas, que não respeitam os direitos trabalhistas, que empregam mão-de-obra escrava, não possuem condições de trabalho condizentes com a dignidade humana, não respeitam os direitos dos consumidores, ao meio ambiente saudável e ecosistema, serão boicotadas no consumo de seus produtos, além de não haver interesses dos fundos de pensão em investirem em empresas que não sejam socialmente responsáveis. Portanto, a empresa, seja grande ou pequena, necessariamente, deverá visar mais o lado social do que o econômico.

Não basta apenas cumprir a norma. O positivismo jurídico está sendo enterrado. Nem tudo que é legal é social, ético, moral e justo. A dogmática jurídica, neste sentido, precisa se renovar, para se embasar em novas realidades, não apenas econômicas, mas, especialmente, sociais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 533 5/3/2007 12:35:11

È preciso haver uma maior convivência ética, solidaria e social no mundo empresarial.

A Lei passa a não ter sentido se não existir uma sociedade mais justa e ética, o que importa, é o comportamento ético e moral.

O capital é imediatista, não pensa no amanhã. Neste sentido, a vida será mais difícil amanhã, do que hoje.

Portanto, e com toda a razão, afirma Arnold Wald, no nosso atual Código Civil de 2002, a empresa é vista como instituição democrática e pluralista, que substituiu a arcaica hierarquia do tipo militar, passando a representar pela pirâmide da gestão organizada com base na cooperação. Nessa nova fase, instituiu-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso País. Desta forma, o poder arbitrário do "dono da empresa" deve ser substituído por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais.[53]

Em suma, entendemos que podemos produzir e crescer sem continuar a reproduzir a pobreza. Só assim, teremos um Brasil que poderá vencer o abismo da desigualdade e pobreza, tornando-se mais justo, constituído de um mercado propicio ao crescimento sustentável dos pequenos negócios.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. A Reorganização Financeira do Negócio no Direito Norte-Americano. *Revista de Direito Mercantil*, n. 53. p. 161-165.

ALESSI, Giuseppe. La Crise dell´Amministrazione Straordinaria. *Banca, Borsa e Titoli di Credito.* Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983. p.2.

ALMEIDA, Fábio de. *Consumidores consideram ação social.* Gazeta Mercantil, São Paulo, 25 de outubro de 2000, Caderno Nacional, p.A-7.

ALMEIDA, Renato R. de. A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada. *Revista do Advogado*, p.72/74.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Direito Comercial – Falências e Concordatas.* 2. ed. Leme: Editora de Direito, 1999.

_____. "Formas de associação de empresa no âmbito do Mercosul" – consórcio. In: Congresso Argentino de Derecho Societário, 4, e Congresso Iberoamericano de Derecho Societário y de la Empresa, 2., 2-4 nov. 1995. Anais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 534 5/3/2007 12:35:12

Buenos Aires: Instituto de Derecho Comercial – Universidad Notarial, 1995. p. 935-942 Negócios Societário, Cuestíones Intemacíonales y Grupos Societários.

_____, "As Micro y Pequenas Empresas no Brasil – Perspectivas para o incremento das atividades econômicas no Mercosul", *Revista Jurídica de Doutrina,* Ano III, n. 3 – Nov. 1998, pps. 73/80, do Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes/Buenos Aires/Argentina.

_____. "As Micro e Pequenas Empresas no Brasil – Perspectivas para o incremento das atividades econômicas no Mercosul", anais da VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial Pequenas y Medianas Empresas en el Mercosur, realizado em San Martín de los Andes – Província del Neuquén, Patagônia Argentina, nos dias 12 e 13 de novembro de 1998.

_____. "Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada", *Revista de Direito do Mercosul,* Ano IV, n. 1, Fev. 2000, pps. 247/252, Buenos Aires.

_____; SILVA, G. S. "A Crise da Empresa e o Papel do Poder Público Municipal como agente Colaborador e Coordenador do Desenvolvimento Econômico/Social Local", anais de pesquisa da Unaerp, RP, vol 2 (1): 05 – 08 –2001, p.95.

_____; STOLL, Luciana B. "Globalização: realidade e perspectivas". *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, ano 3, No 30, p. 81 / 93, Junho de 2002 ISSN: 1517-1604

_____. "Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada". *Revista de Direito Privado*, No 11, 244 / 250, Editora Revista dos Tribunais, Julho/Setembro de 2002 ISSN: 1517-6290

_____; VOLTOLINI, Graziela N. *La empresa como mayor institución de la civilización moderna a luz del nuevo Código Civil brasileño de 2002 (ley 10.406).* X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.469.

_____; ANDRADE, Valéria G. *A função social da empresa na perspectiva do novo Código Civil brasileiro.* X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.479.

_____; VERA, Giedre C. *El empresario y la función social en el nuevo Código Civil brasileño de 2002.* X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.491.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 535 5/3/2007 12:35:12

_____; et al. *La recuperación judicial de las micro y pequeñas empresas y el proyecto de alteración de la ley de falencias en el Brasil.* X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.513.

_____; SANTOS FILHO, Ronaldo F. *A função social da empresa frente ao Mercosul.* X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p. 643.

_____. et al. *A micro Empresa e o seu papel na realidade nacional.* À ser publicado nos Anais do Encontro de Pesquisa da Pós-Graduação em Direito, realizado em 6 de dezembro de 2003.

_____ e outros "O Mercosul e as MicroEmpresas e Empresas de Pequeno Porte: Do Discurso Governamental à Realidade Empresarial". Estudos de Direito Internacional, Vol II, pps. 331/343, anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, Editora Juruá, Curitiba, 2004. ISBN 85 – 362 – 0784 -1

_____. " Um novo marco regulatório para as microempresas. Lei Geral das Microempresas (MEs) e Empresas de Pequeno Porte (EPP)". Boletim Enfoque, informativo mensal da Casa do Contabilista de Ribeirão Preto, Ano II, n. 19, novembro de 2.004, p.11.

_____, JACOB, Cristiane B. e outros, "Dificuldades e Perspectivas para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte", Revista Paradgma, ano XIII, nº 17, pps. 163/172, 1º Sem. de 2004, Ribeirão Preto: EDUNAERP – ISSN: 0103-5908.

_____; JACOB, Cristiane B.; JACOB, Giovanna; SALIM, Jacqueline M.; SOUZA, Marcelo Luís; FERRACINI, Naíra R. " Debate da Lei Geral das Mpes. e o Papel do Núcleo de Estudos e Pesquisa". Boletim Informativo N.E.E., nº 1, ano 1, março/abril de 2005, p. 5, edição própria.

_____; Jacob, Cristiane B.; Jacob, Giovanna; Salim, Jacqueline M.; Souza, Marcelo Luís; Ferracini, Naíra R.. " M.P. 232: O Descompasso Frente Às propostas de Incentivo Para Os Micros e pequenos Empresários" . Boletim Informativo N.E.E., nº 1, ano 1, março/abril de 2005, p. 6, p.7 e p.8, edição própria.

_____. As micro e pequenas empresas no Brasil: perspectivas para o incremento das atividades econômicas no Mercosul. VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 536 5/3/2007 12:35:12

_____; MICHELAN, Taís C. de C. Função social da empresa. Revista de Direto da USF – Universidade São Francisco, Bragança Paulista, V.17, no 2, julho / dezembro de 2000, p.87/90.

_____; ANDRADE, Valéria Gerep. A função social da empresa na perspectiva do novo código civil brasileiro. Anais da X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.479//490.

_____; SANTOS FILHO, Ronaldo F. A função social da empresa frente ao Mercosul.Anais da X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, p.643/655.

_____. O Novo Modelo Jurídico da Empresa Nacional e a Reforma da Lei de Falências. Revista dos Tribunais, n. 663, pp. 252-254.

_____. A Harmonização e Unificação das Legislações Concursais dos Estados-parte do Mercosul. Trabalho apresentado no V Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, Buenos Aires, 06 a 08 de junho de 1996.

_____. Teoria Geral do Direito Comercial. São Paulo Ed. Saraiva, 1998.

ASQUINI, Alberto. Direito Comercial – Falências e Concordatas. 2. ed. Leme: Editora de Direito, 1999.

BANCO MUNDIAL. Doing Business 2004. Perfil de país. 2003. Disponível em <http://www.obancomundial.org/content/_downloadblob.php?cod_blob=1124>. Acesso em 15 set. 2005

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). Cartilha de Financiamento às Micro, Pequenas e Médias Empresas. Brasília: BNDES, 2005.

BARROS, Frederico Robaldino. Pequenas e Médias Empresas e política econômica um desafio à mudança. Rio de Janeiro: Ed. Apec. 1978

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Estatutos da Microempresa. Rio de Janeiro:: Forense. 1989

BAUMANN, Renato. Uma Visão Econômica da Globalização. In O Brasil e a Economia Global. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

BELMONTE, Ronaldo. Obrigações das Empresas Junto à Previdência Social. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Cássio de Mesquita Barros Júnior. São Paulo, 1994. p. 5-316.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 537 5/3/2007 12:35:12

BEDE, Marco Aurélio (coord.). *A Alca e as MPES Paulistas*. São Paulo: SEBRAE, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Desequilíbrios Regionais. Uma Análise Jurídico-Institucional*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo. 2000. p. 13-269.

BITTENCOURT, Sidney. *Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Temas & Idéias* 1º Ed.

BOITEUX, Fernando Netto. *A Tutela de Interesses Coletivos na Lei de Sociedades por Ações*. Tese apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Konder Comparato. São Paulo. 1993. p. 5-74.

_____. "Função Social da Empresa e o Novo Código Civil". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, Ano 41, Nº 125, p. 48/57, jan/mar. 2002 p. 53

BONILHA FILHO, Saul de Moraes. *Contribuição ao Estudo das Empresas Multinacionais.* Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Vicente Marotta Rangel. São Paulo. 1979. p. 9-165.

BORJA, Sérgio Augusto Pereira. "As Micro Empresas no Brasil, Argentina, Itália e EUA" .http//www.mundojuridico.adv.br<acesso em 20/06/05

_____. "As Micro Empresas no Brasil, Argentina, Itália e EUA" .http//www.mundojuridico.adv.br<acesso em 20/06/05 .

BULGARELLI, Waldírio. Perspectivas da Empresa Perante o Direito Comercial. *Revista de Direito Mercantil,* n. 5. p. 49-73.

_____. *A Teoria Jurídica da Empresa (Análise Jurídica da Empresarialidade)*. Tese de concurso para o provimento de cargo de Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1984. p. 1-452.

CARMARGO, Silvia H. C. R. V. de, FARAH Osvaldo, MARTINELI Dante P. " Estratégias Empresariais Utilizadas Nas Micro, Pequenas e Médias Industrias de Produtos Alimentícios", publicado na revista do Centro Universitário Moura Lacerda, ano 6 nº 6, nov. 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 538 5/3/2007 12:35:12

CÂMARA DOS DEPUTADOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Micro, Pequenas e Médias Empresas: Definições e estátitiscas internacionais. Publicação do Ministério do Desenvolvimento, Industria e Comércio exterior, Secretária do Desenvolvimento da Produção, departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas, http// www.camara.gov.br < 12 de jul. 2006>

CÂMARA DOS DEPUTADOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Desenvolvimento da Produção, departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas, http// www.camara.gov.br < 12 de jul. 2006>

CÂMARA DOS DEPUTADOS DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Relatório de Pesquisa: Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil – Brasília ago/2004

CAMPOS, Diogo Leite de. *Direito das Empresas*. Instituto Nacional de Administração, 1990, p. 254-259.

CANO, Wilson. *Reflexões sobre o Brasil e a Nova (Des) Ordem Internacional.* 3.ed. Campinas: Unicamp, 1994. 184p.

CARDOSO, Fernando Henrique. "Relações Norte-Sul no Contexto Atual: Uma Nova Dependência?" In "O Brasil e a Economia Global". Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

CASELLA, Paulo Borba e outros. "Direito e Comércio Internacional – Tendências e Perspectivas". *Estudos em homenagem ao Professor Irineu Strenguer*. São Paulo: LTR, 1994.

CASSEB, Paulo Adib. *Função Social da Propriedade.* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo, 2000. p. 5-178.

CAVALLI, Cássio Machado. *O Direito de Empresa no Novo Código Cvil.* RT, V. 828, p. 43/78, out. 2004

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39.

COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa: *Revista de Direito Mercantil e Econômico* – nova fase, n. 50.

_____. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil*, n. 63.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 539 5/3/2007 12:35:12

_____. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil.* n. 104. p. 109-126.

_____. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais,* n. 732, outubro de 1996, p. 40-41.

_____. *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 107-129.

_____. A Reforma da Empresa in *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3-53.

_____. "Titularidade do poder de controle e responsabilidade pela concessão abusiva de crédito". in *Direito empresarial: Estudos e Pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Alienação de controle de companhia aberta. in *Direito empresarial: Estudos e Pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1990. p. 75-80.

CORRÊA, Hudson. Inexperiência Quebra Empresas. *Gazeta Mercantil,* SP, 15 a 21 de ago. de 2001

DE LUCCA, Newton. "A proteção ao consumido e o Mercosul" in *Revista de Direito do Consumidor*, 12/29, apud PROENÇA, José M. Martins, Disposições preliminares – aplicação da legislação, competência e intervenção do Ministério Público in Comentários a Nova Lei de Falências, coordenação Rubens Approbato Machado, ed. Quartin Latin, p. 53.

DOMINGUES, José Maurício. Globalização, Sociologia e Cultura. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 2: Contexto Internacional, jul/dez 1993. p. 279-274.

DUARTE, Ana Maria Benedito; SILVA, Denise Maria Pessine da. *Manual das Microempresas e das Empresas pequenas*. Ed. Ltr, 2001.

Exame – Edição Especial: Guia de Boa Cidadania Corporativa. 2003.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 31-38.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. 5v. p. 402-407.

_____. *Tratado de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1965. 14v. p. 7-49.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 540 5/3/2007 12:35:13

GARCIA, Roni. *Macroempresa: Aspectos Relevantes para o Direito Econômico.* Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do Prof. Dr. Eros Roberto Grau. São Paulo, 1987. p. 1-94.

GAZETA MERCANTIL. "Competitividade da Pequena Empresa", pág. A-3 de 12 set. 2002.

GIANULO, Wilson. *Novo código civil explicado e aplicado ao processo.* São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. V 2, artigos 421 a 1195. P. 743

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil.* 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, s.d., vol. XI, tomo I, p. 189.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico.* São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 100-101.

_____. "Lucratividade e Função Social nas Empresas sob Controle do Estado". *Revista de Direito Mercantil*, n. 55. p. 35-69.

_____. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 254.

LAMY FILHO, Alfredo. "A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 190:54-60, out./dez. 1992.

LIMA, Edilberto C. Pontes. " Avaliação da Proposta do SEBRAE a Cerca da Lei Geral da Microempresa", in *Consultoria Legislativa, Estudo*/março/2005. Câmara dos Deputados

LOBO, Jorge. *Direito Concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. "O Moderno Direito Concursal". *Revista de Direito Mercantil*, n. 99.

_____. "Direito da Crise Econômica da Empresa". *Revista dos Tribunais*, n. 754.

_____. "Direito da Crise Econômica da Empresa". *Revista de Direito Mercantil*, n. 109. p. 64-92.

_____. A Crise da Empresa: "A Busca de Soluções". *Revista dos Tribunais*, n. 668.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 541 5/3/2007 12:35:13

MARGARIDO, Antônio Benedito. *Sobre a Aplicabilidade do Princípio da Função Social da Propriedade: Abordagem Jurídico-Sociológica.* Tese apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria. São Paulo, 1991. p. 3-110.

MARTINS, Fran. *Comentários a Lei de Sociedade Anônimas.* V II, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984 p. 370

MELLO, Adriana Mandem Theodoro. "A Função Social do Contrato e o Principio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro". *Revista Sintese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Sintese, v. 3, nº 16, p. 142-159, mar./abr.,2202 p. 147.

MENDES, Abadia Eleuza Et.al. "Balanço Social: Exercício de Cidadania". *Revista de Contabilidade do CRC-SP*, ano II, n. 6, novembro de 1998, p. 76-81.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro.* 7. ed. atualizada por Roberto de Carvalho Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. *Curso de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1960. 8v. p.17.

MEZZOMO, Clareci. *Controle Social pela Sanção*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1985. p. 114-128.

MOISÉS, Cláudia Perrone. *O Código de Conduta da ONU para as Empresas Multinacionais. Instrumento Jurídico de Regulamentação das Relações Econômicas Internacionais.* Dissertação Apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Celso Lafer. São Paulo. 1991. p. 1-57.

MONETA, Carlos J. *Alternativas da Integração no Contexto da Globalização.* Vol. 15, n. 1. Rio de Janeiro: Contexto Internacional, jan/jul 1993. p. 97-118.

NERI JÚNIOR, Nelson. "Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor" in *Direito do Consumidor*, v. 3, abr./jun. 1996, p. 44/77 apud PROENÇA, José M. M. op. cit. p. 53.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 542 5/3/2007 12:35:13

NUSDEU, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. *Da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual Brasileiro: a Repercussão do Projeto de Código Civil.* I Prêmio "Tozzini, Freire, Teixeira e Silva" de Monografias Jurídicas. São Paulo, 2001. p.2-35.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. "Empresa – Ordem Econômica – Constituição". *Revista dos Tribunais*, n. 758.

PABST, Haroldo. Unificação do Direito Comercial no Mercosul. Trabalho apresentado nas Primeiras Jornadas Internacionais sobre Derecho de la Integracion, realizada em 15 e 16 de outubro de 1992, na Universidade Nacional del Nordeste, em Corrientes, Argentina, sob os auspícios da Associação de Integração Regional Universitária (ADIRU).

PACIELO, Gaetano. "A Evolução do Conceito de Empresa no Direito Italiano". *Revista de Direito Mercantil,* n. 29. p. 39-56.

PASOLD, Cesar Luiz. *Da Função Social do Estado Contemporâneo ao Estudo Político e Jurídico de um de seus Segmentos: a Saúde Pública.* Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo, 1983. p. 1-75.

PELICANO, Helcias. "Considerações sobre Alguns Aspectos do Programa de Integração Social". *Revista de Direito Mercantil*, n. 15/16. p. 69-87.

Perícia Contábil em Concordatas e Falências. *Revista Brasileira de Contabilidade,* n. 104. p. 74-78 (autor desconhecido).

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 368-699.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 1v. p. 6-12.

_____. Conjuntura Política e o Problema das Empresas Insolventes. Revista de Direito Mercantil, n. 34.

REVISTA EXAME, " Para Enfrentar à Fera" ed. Abril, 15 de fev. 2005 p.20, vide também, "A solução esta aqui dentro", por Denise Dweck, *Revista Exame* de 2 de agosto de 2006, edição 873, ano 40, nº 15, pps. 38 e 39.

_____, "O Ataque as Empresa" 4 set. 2004

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 543 5/3/2007 12:35:13

RIBEIRO, Argemiro Edson. "A Necessidade de Ser Empreendedor", *Gazeta Mercantil*, SP, 29 à 31 dez de 2000 e 01 de jan. de 2001. Cartas e Opiniões, p. A2

SALOMÃO, Alexa, NAPOLITANO Giuliana. *O Peso do Caos Tributário.* Ed. 849, ano 39 nº 16, 17 ago. 2005

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio as Micros e Pequenas Empresas, com base no sensu de 2002 fornecidos pelo IBGE. Dados também que poderão ser conferidos no caderno especial sobre Micro e Pequena Empresa publicado no Jornal Valor Econômico de 29 dez. 2005 p. F-1

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 264-272.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *A Harmonização das Legislações Concursais no Âmbito do Mercosul em uma Perspectiva Comunitária. Dissertação apresentada para concorrer ao Título de Mestre em Direito pela Faculdade de História,* Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto Colombo Arnoldi. Franca, 1998.

_____. *O Interesse das Sociedades por Ações Perante a Teoria Jurídica da Empresa.* Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Waldírio Bulgarelli. São Paulo, 2000. p. 5-178.

_____. "A Disciplina da Reorganização da Empresa em Crise Econômica no Projeto de Lei Concursal". *Revista de Direito Mercantil,* n. 111. p. 138-139.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Função Social da Propriedade Privada*. Tese apresentada à Cadeira de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de São Paulo. p. 9-126.

SOLON, Ari Marcelo. *A Função do Conceito Subjetivo de Propriedade.* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo, 1987. p. 1-73.

TAKAHASHI, Carlos Shiro. *Direito do Planejamento Econômico e Social.* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Nusdeo. São Paulo, 1991. p. 10-133.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 544 5/3/2007 12:35:13

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Jurisprudência Comentada*. Apelação Cível, n.º 212.726-1/8. Revista dos Tribunais n. 723. São Paulo: RT, jan./96. p. 204-223.

VALOR ECONÔMICO, "Basta de Burocracia" 4 jul. 2006 p. A-10 sobre redução e eliminação de burocracia consultar artigo publicado na Revista Razão Contábil nº 72 jun. de 2004 intitulado " Por que Não Um Cadastro Único"

_____, quinta-feira, 03 de agosto de 2006, pps. A-10 "Governo negocia votação da Lei das Micro", por Arnaldo Galvão de Brasília.

_____, "Pequenas e médias exportadoras ganham espaço na Argentina", pág. A11, 9 de mai. de 2006.

_____, "Balcão Moderno" caderno especial sobre Micro e Pequenas Empresas p. F1 26 de jul. de 2006

_____, "Balcão Moderno", caderno especial Micro e Pequenas Empresas, pág. F1, 26 de jul. 2006.

VIDAL NETO, Pedro. *O Estado e os Direitos Sociais.* Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a orientação do Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo, 1978. p. 13-247.

WALD, Arnoldo. *O Espírito Empresarial, a Empresa e a Reforma Constitucional.* Revista de Direito Mercantil, n. 98.

_____. *A dupla função econômica e social do contrato.* Revista Jurídica Consulex, ano 8, nº 175, p. 45-47, 30 abr. 2004.

ZAPAROLLI, Domingos. *Oportunidades para todos.* Jornal Valor, 21 de setembro de 2006, Caderno Valor Especial – Micro e Pequenas Empresas, p. F1.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 545 5/3/2007 12:35:14

Capítulo IX
Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição

*Pedro Henrique Pedrosa Nogueira**

Sumário • 1. Intróito. 2. Perspectiva jurídico-positiva de uma teoria dos direitos fundamentais. 2.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais. 2.2. A co-relação necessária: direito fundamental/dever jurídico. 3. O direito à jurisdição a partir do direito positivo. 3.1. O problema da titularidade (sujeitos ativo e passivo). 3.2. A tutela jurisdicional. 4. O direito à tutela jurisdicional efetiva. 5. O direito à jurisdição como direito subjetivo processual: análise crítica. 6. Conclusão: Norma de conduta, norma de estrutura e norma sancionadora extraídas do enunciado do art. 5º, XXXV da CF/88. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO

Pensar o direito à jurisdição como um autêntico direito fundamental exige mais do que simplesmente afirmar a sua origem a partir de um texto constitucional: requer a sua análise em cotejo com pelo menos algumas das principais questões que permeiam a teoria geral dos direitos fundamentais.

Buscaremos propor uma tal abordagem, a partir de um modelo teórico dogmático-jurídico. Para isso, é imprescindível discorrermos, ainda que muito brevemente, sobre as concepções teóricas acerca do fenômeno da juridicidade a serem utilizadas.

Primeiramente, distinguimos enunciado normativo, como texto incorporado nos documentos oficiais (leis, códigos, decretos etc.), da norma jurídica tida como o sentido por ele expressado. Como asseveram Bulygin e Alchourron, "Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguage, pero la norma non es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan"[1]. Formalmente, a norma jurídica se apresenta como uma proposição hipotética articulada por um conectivo "deve-ser", que funciona como constituinte da própria estrutura proposicional[2] (*Deve ser* se A, então B, ou Se A, então *deve ser* B).

---

*Mestre em Direito (UFAL). Advogado.

1. ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y Normas*, in Análisis Lógico y Derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 442.
2. Cf. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 72.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 547 5/3/2007 12:35:14

Quando os fatos descritos abstratamente na hipótese da norma acontecem no plano da experiência, tem-se o conhecido fenômeno da incidência jurídica[3]: surgem, no mundo do direito, o fato jurídico e as suas conseqüências (eficácia jurídica).

É importante, antes de discorrer sobre os direitos fundamentais, e de modo especial sobre o direito à jurisdição, ter-se presentes essas precisões conceptuais, que delimitam o marco teórico da exposição e justificam o método de trabalho: partindo da estrutura de lógico-formal (sintática) de norma jurídica acima apresentada e da distinção entre enunciado normativo e norma jurídica, pretenderemos descrever, analiticamente, as normas que se extraem do art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira.

2. PERSPECTIVA JURÍDICO-POSITIVA DE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São diversas as discussões doutrinárias suscitadas em torno da temática dos direitos fundamentais, assim como distintas são as perspectivas para se buscar um conceito de direito fundamental. Pode-se abordá-lo a partir de sua perspectiva jusfilosófica, uma vez ser o jusnaturalismo moderno (movimento filosófico e político da idade moderna) uma das fontes das concepções desses direitos; seria cabível uma análise dos direitos fundamentais também a partir de sua fundamentação moral, encarando-os como "direitos morais". Também poderia ser analisado o fenômeno desde uma perspectiva histórica, através da investigação da conhecida concepção das "gerações" de direitos fundamentais.

Interessar-nos-emos aqui, exclusivamente, por uma análise dogmático-jurídica do problema, sem olvidar, evidentemente, a relevância das outras abordagens: trata-se de conceituar os direitos fundamentais a partir do direito positivo, sem dispensar o supedâneo teórico das concepções construídas a partir do direito positivo de outros ordenamentos jurídicos. Calha, nesse sentido, a concepção de Alexy[4], ao propor uma teoria eminentemente formal dos direitos fundamentais; para ele, a relevância que tem uma posição jurídica a ponto de ser qualificada como "fundamental" não poderia ser a sua importância em si mesma.

---

3. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 74 *et passim*; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 144; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06 *et passim*, dentre outros.
4. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 432-433. No mesmo sentido, a partir do direito positivo brasileiro, é a concepção de Martins Neto (MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003, p. 87).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 548 5/3/2007 12:35:14

Essa visão jurídico-positiva (ao lado das outras visões antes mencionadas) também não deixa de ser uma forma de pensar historicamente condicionada, contingente, como ressaltou Guastini[5], mas cuja utilidade aqui se justifica pela nossa proposta de trabalho.

Tradicionalmente, designa-se por direito fundamental aquele direito subjetivo que se positiva quando o Estado edita regras jurídicas nas quais se traduz a equação "man versus the state", mesmo sem estar obrigado a reconhecê-lo, explícita ou implicitamente, por alguma regra de Direito supra-estatal[6]. As concepções contemporâneas também não deixam de considerar a possibilidade de oposição de direitos fundamentais aos particulares, através da chamada eficácia externa ou horizontal[7-8]. De fato, embora historicamente o nascimento dos direitos humanos se ligue à concepção de defesa do indivíduo frente ao poder absoluto do soberano, como expressão e conquista dos ideais liberais-burgueses, do ponto de vista jurídico-positivo, é inegável a existência de certos direitos (*v.g.* direito à vida, à liberdade de locomoção) que podem ser exercidos diretamente – e como tal são garantidos pela Constituição –, contra quaisquer membros da comunidade, sejam entidades públicas, ou entidades de caráter privado, ou, ainda, pessoas físicas. Não seria acertado, segundo nos parece, limitar o alcance da proteção conferida pelas regras de direitos fundamentais, hoje, para apenas considerar como seu destinatário o Estado. A Constituição Federal (CF/88, art. 5º, § 1º) foi categórica ao estabelecer a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, pondo assim em segundo plano a necessidade de mediação dos outros Poderes Públicos para sua aplicação, inclusive no âmbito privado.

---

5. GUASTINI, Riccardo. *Decrehos: uma contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 130.
6. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 628.
7. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 593.
8. Hoje, há um certo consenso doutrinário sobre existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Remanesce intenso debate, contudo, sobre a amplitude desses efeitos. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional manifestou entendimento no sentido de ser a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares meramente mediata ou indireta (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 224.). A tendência, contudo, sobretudo no Brasil e em Portugal, é de aceitar-se a eficácia direta, possibilitando-se aos particulares oporem-se mutuamente os direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário a solução dos casos de colisão de direitos (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 595; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 370; EHRHARDT JÚNIOR., Marcos A.de A. *Aspectos sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano 2, nº 02, Maceió, Nossa Livraria Editora, 2006, p. 284-294, dentre outros).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 549 5/3/2007 12:35:14

Esse regime particular de aplicação imediata posto na Constituição brasileira de 1988, portanto, não autorizaria uma definição de direitos fundamentais que limitasse o seu âmbito de abrangência para apenas indicar como destinatários ou sujeitos passivos possíveis o Estado ou o Poder Público.

A carta constitucional brasileira também estabelece a abertura para a existência de direitos fundamentais fora do chamado "catálogo" enumerado no art. 5º da Constituição Federal, inclusive quando previstos em tratados internacionais[9] (CF/88, art. 5º, § 2º), positivando assim a divisão, amplamente difundida na doutrina[10], entre direitos formalmente fundamentais, como sendo aqueles expressamente assim enumerados no texto da Constituição, e os direitos materialmente fundamentais, isto é, situados fora da enumeração e até mesmo fora do texto constitucional, mas, a despeito disso, incorporados ao direito positivo.

Apesar de toda a particularidade que envolve a disciplina jurídica dos direitos fundamentais no plano da Constituição, até mesmo pela sua relevância para o Estado brasileiro, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais, passando agora o enfoque para o plano da Teoria Geral do Direito, são espécies de direito subjetivo.

Toda espécie de efeito jurídico só tem lugar com a ocorrência de um fato jurídico, após a incidência da norma sobre seu suporte fático. E a relação jurídica, como categoria eficacial que é, também se apresenta no mundo jurídico como irradiação do fato jurídico.

Do lado oposto da relação em que se tem um sujeito titular do direito subjetivo, tem-se outro sujeito portando um dever a respeito de algo que corresponda ao objeto do direito. Como ressalta Guastini[11], possuir um direito subjetivo – gênero do qual os direitos fundamentais são espécie –, nada mais é do que ser titular de um atributo frente a outro sujeito, a quem se impõe o dever correlativo.

Por isso, pressupõem os direitos subjetivos fundamentais: *i)* norma jurídica de direito constitucional ou de direito internacional; *ii)* a concretização do(s)

9. O Supremo Tribunal Federal, porém, diferentemente, tem entendido que, mesmo na hipótese do art. 5º, § 2º da CF/88, os tratados ou convenções internacionais são hierarquicamente inferiores à Constituição (Cf. ADI 1480 MC/DF,Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18/05/2001).
10. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina,1995, p. 528; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 93.
11. GUASTINI, Riccardo. *Decrehos: uma contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 128.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 550 5/3/2007 12:35:14

fato(s) previsto(s) no suporte fático daquela norma; *iii)* a incidência da norma sobre o seu suporte fático.

No direito brasileiro, a fundamentalidade há de ser entendida a partir do regime jurídico estabelecido para esses direitos. A Constituição de 1988 vinculou o caráter de direito fundamental à sua imunidade em relação ao poder reformador (CF/88, art. 60, § 4º), daí Martins Neto[12] chamar os direitos fundamentais, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, de "direitos subjetivos pétreos". Tal propriedade, é interessante observar, é atribuída não apenas ao direito subjetivo, mas sobretudo à norma de direito fundamental que o consagra (dimensão objetiva). Ao lado da imodificabilidade, a Constituição brasileira também agrega a aplicabilidade imediata como nota característica da fundamentalidade desses direitos, que podem ser invocados de imediato, ainda que na ausência ou na insuficiência de lei regulamentadora, dado o caráter preceptivo das normas constitucionais que os consagram, como assinalado por Krell[13].

Em síntese, podemos considerar como direito fundamental todo direito subjetivo surgido da incidência de normas constitucionais ou internacionais, que positivam valores essenciais da comunidade desde que assim estabelecidos em normas jurídico-positivas, tendo como destinatários o Estado ou particulares e que se submetem ao regime jurídico próprio de aplicabilidade imediata e de imodificabilidade.

2.1. A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, mesmo lhes sendo conferidos pelas constituições de um modo geral um regime jurídico com aspectos bem particulares (*v.g.*, aplicabilidade imediata, preservação do núcleo imodificável etc.), não perdem o caráter de direitos subjetivos.

Na doutrina do direito comparado e ultimamente também entre alguns autores brasileiros[14], tem-se cogitado de uma dúplice dimensão dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais, dentro de tal perspectiva, são encarados

12. MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003, p. 87.
13. KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 05, Maceió, EDUFAL, 1999, p. 141.
14. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 273; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 152-160.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 551 5/3/2007 12:35:15

como autênticos direitos subjetivos, com ênfase assim, na posição subjetiva do respectivo titular, mas também como valores da ordem constitucional vigente, a serem observados nos âmbitos legislativo, administrativo e judiciário, pondo em realce aquilo que se convencionou chamar de "dimensão objetiva" dos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva enfatiza o conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva presentes na Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Por isso, entende-se que às normas consagradoras de direitos fundamentais é outorgada uma função autônoma, para além da função meramente subjetiva de conferir uma posição jurídica a um determinado sujeito[15]. E justamente por incorporarem valores essenciais, caracterizadores da própria "fundamentalidade", a doutrina também tem destacado a função de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais dentro da dessa dimensão objetiva[16].

Rigorosamente, contudo, essa dualidade de dimensões parece-nos poder ser causa de ambigüidades. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais representa do que a própria norma jurídica consagradora do direito fundamental que, incidindo sobre seu suporte fático e gerando o fato jurídico, irá fazer surgir em favor de algum sujeito o direito (subjetivo) fundamental. O próprio Vieira de Andrade[17], tratando da dimensão objetiva, chegou a asseverar que os efeitos dela decorrentes constituem conseqüências jurídicas diretamente e, em primeiro plano, relacionadas à própria "norma" e não às posições subjetivas individuais.

O problema, então, é de ordem semântica pelo fato de se utilizar o mesmo signo, "direitos fundamentais", para se designar duas realidades completamente distintas: o direito subjetivo fundamental atribuído a um sujeito (dimensão subjetiva) e a norma jurídica em cujo conseqüente está previsto, em abstrato, o mesmo direito fundamental (dimensão objetiva).

Não negaríamos que as normas positivadoras dos direitos fundamentais gozam de uma condição peculiar no interior do ordenamento jurídico – isso não apenas por consagrar valores essenciais da comunidade –, mas porque a própria Constituição positiva tratou de atribuir a essa classe de normas uma posição

15. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 153.
16. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167-168.
17. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 552 5/3/2007 12:35:15

diferenciada (do ponto de vista jurídico-positivo). Por mais relevante que seja o valor, não há como se falar em direito subjetivo fundamental enquanto alguma norma jurídica não o venha a consagrar. Como ressalta Galindo[18], as normas consagradoras de direitos fundamentais, apesar de seu forte conteúdo axiológico, não são valores. O problema, portanto, extrapola os limites do plano exclusivamente axiológico.

Quanto à questão da função do parâmetro de controle de constitucionalidade exercida, segundo a doutrina, pelos direitos fundamentais, podemos verificar que essa nota não parece ser típica das normas que consagram de direitos fundamentais. No direito brasileiro, em razão do caráter rígido da Constituição Federal de 1988, qualquer norma constitucional, consagradora ou não de direito fundamental, representa parâmetro de controle de constitucionalidade para os atos administrativos e legislativos dos Podres Públicos. É certo que o regime próprio das normas positivadoras de direitos fundamentais as coloca em posição de superioridade em relação às normas que venham, pelo processo legislativo, a se incorporar ao texto da Constituição, já que ostentam o caráter de cláusulas pétreas. Mas também essa particularidade, em nosso ordenamento jurídico, não denota algo de exclusivo das normas consagradoras de direitos fundamentais, pois outras classes de normas (*v.g.* a que dispõe sobre a forma federativa do Estado brasileiro, CF/88, art. 18) gozam do mesmo privilégio (CF/88, art. 60, § 4º, I).

Essa dúplice dimensão apontada pela doutrina é, ao que parece, fruto da própria ambigüidade semântica da expressão "direito fundamental". De todo modo, com a ressalva do ponto de vista semântico, a alusão à dimensão objetiva dos direitos fundamentais parece-nos válida, desde que direcionada à compreensão da própria norma jurídica abstrata consagradora do direito (subjetivo) fundamental.

2.2. A co-relação necessária: direito fundamental/dever jurídico

Sendo o direito fundamental uma espécie de direito subjetivo e, por conseguinte, categoria de eficácia jurídica, segue a conclusão de que o seu surgimento somente se dará após o fenômeno da incidência. Incidindo a norma sobre o seu suporte fático, tudo aquilo que resulta de vantajoso para alguém é direito, no sentido subjetivo; consiste em acréscimo na esfera jurídica do respectivo titular. Ao mesmo tempo, tem-se a limitação da esfera jurídica de outro sujeito, o titular

18. GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 78.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 553 5/3/2007 12:35:15

do dever correspectivo, já que se há um direito, por outro lado, deverá existir um dever, no lado passivo da relação jurídica[19].

A doutrina formada a partir do direito constitucional português, sobretudo J. J. Gomes Canotilho[20], chegou a cogitar da existência de direitos fundamentais sem deveres correspectivos (= não-correspectividade entre direitos e deveres fundamentais), por exemplo, nos casos dos direitos, liberdades e garantias vinculantes de entidades privadas, nos quais embora seja possível cogitar de sua eficácia na ordem privada, como previsto no art. 18º, n. 1 da Constituição portuguesa de 1976[21], o caráter relacional entre direitos e deveres não se faria presente.

Também sob o direito constitucional português, Vieira de Andrade[22] sustenta a existência de "deveres fundamentais autônomos", impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito, ao lado dos "deveres fundamentais associados a direitos". Seriam exemplos de deveres fundamentais desvinculados de direitos subjetivos: o dever de obediência aos atos do Poder Público, o dever de prestar serviço militar etc.

Afastamo-nos, contudo, de tal perspectiva. Não existe possibilidade lógico-jurídica de subsistir um direito sem que do lado passivo da relação jurídica haja algum sujeito portando o dever correspondente; o princípio da correspectividade de direitos/deveres é essencial dentro de uma relação jurídica[23] e, sem esta, é impossível cogitar-se da existência de qualquer direito subjetivo. Quando J. J. Gomes Canotilho aludiu ao art. 18º, n. 1 da Constituição de Portugal, partiu da premissa de que nos casos em que o direito fundamental é oposto contra entidades de caráter privado não haveria um dever fundamental correspectivo, mas em tais situações o direito fundamental pode ser oposto contra o Poder Público e contra os particulares, também de forma direta, sendo o dever jurídico, naturalmente, de ambos.

Também não vemos razão para se cogitar da existência dos chamados "deveres fundamentais autônomos", pois neles, apesar de Vieira de Andrade afirmar que são impostos diretamente pela Constituição (pretendendo com isso eliminar

19. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, V, Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 231.
20. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina,1995, p. 547.
21. "Artigo 18.º (Força jurídica)
    1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."
22. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 151.
23. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 554 5/3/2007 12:35:15

a posição subjetiva de quem está no lado ativo da relação jurídica), há sempre algum outro sujeito na posição contraposta; todo dever, fundamental ou não, está atrelado a um direito, porque somente é juridicamente possível dever-se algo a alguém – o titular da situação de vantagem a que chamamos "direito". De fato, conforme demonstrou Lourival Vilanova[24], em toda relação jurídica estarão presentes um termo-sujeito perante outro termo-sujeito; as relações no direito são irreflexivas.

> Portanto, os direitos fundamentais, concebidos como a posição de titularidade de vantagem em favor de determinado sujeito, surgida após a incidência da regra jurídica sobre o seu suporte fático, configurando direitos subjetivos, hão de pressupor, necessária e correspectivamente, do lado passivo da relação jurídica, um dever jurídico atribuído a outro sujeito e essa posição de passividade, como bem sintetiza George Sarmento[25], caracteriza-se pela existência de um dever destinado a satisfazer o direito subjetivo fundamental.

3. O DIREITO À JURISDIÇÃO A PARTIR DO DIREITO POSITIVO

Robert Alexy desenvolve uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, tendo como referência uma determinada ordem jurídica, com a utilização de critérios exclusivamente jurídico-positivos. Distingue ele três dimensões da dogmática jurídica: *i)* analítica, que trata de considerações sistemáticas e conceptuais do direito positivo, tendo como uma de suas tarefas primordiais a análise dos conceitos jurídicos fundamentais; *ii)* empírica, que trata do conhecimento do direito positivo, envolvendo a descrição do direito legislado, mas também uma descrição e prognósticos sobre a práxis judicial; e *iii)* normativa, que vai além daquilo que na dimensão empírica é constatável como direito positivo, para estabelecer uma orientação e crítica da práxis judicial, buscando responder qual é, no caso concreto e a partir do direito positivo, a solução judicial correta[26].

Para descrevermos o direito à jurisdição a partir do direito positivo brasileiro, utilizaremos os critérios dogmático-jurídicos preconizados por Alexy, com maior ênfase nas dimensões analítica e empírica.

Quanto ao aspecto analítico, já enfatizamos a necessidade de distinguir entre norma consagradora de direito fundamental e o direito subjetivo fundamental propriamente dito – embora na linguagem doutrinária seja freqüente o uso da

---

24. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 166.
25. SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió, Nossa Livraria Editora, jan/dez 2005, p. 38.
26. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 29-34.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 555 5/3/2007 12:35:15

expressão "direitos fundamentais" para designar as duas realidades –, pois, conforme assinala Gaustini, "se dicen fundamentales aqueles derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales"[27].

Ao tratarmos do conceito de direito fundamental, pudemos assentar a sua natureza de direito subjetivo. Cabe acrescentar que, analiticamente, enunciar-se a existência de um direito subjetivo[28] é o mesmo que manifestar: *a* tem frente a *b* um direito a *G*. Simbolizando: *DabG*. Esse enunciado pode ser concebido como uma relação entre três membros: o primeiro membro o titular do direito (*a*), o segundo membro, o portador do dever (*b*) e o terceiro membro, o objeto do direito (*G*)[29].

Postas assim as considerações de cunho analítico com ênfase nos aspectos estruturais dos conceitos de norma e direito subjetivo, passaremos ao plano dogmático-empírico, com a tarefa de descrever o direito à jurisdição segundo o direito positivo brasileiro. O nosso ponto de partida é enunciado normativo contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal:

> Art. 5º .....
>
> XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Constituição utilizou no enunciado do art. 5º, XXXV uma oração negativa ("a lei não excluirá"...) para estabelecer o direito de acesso à justiça, diferentemente da técnica redacional adotada nas Constituições de outros países, como Espanha (art. 24, n.1[30]) e Portugal (art. 20º, n. 1[31]), cujos textos proclamam, de modo afirmativo, a existência de um direito de acesso aos tribunais, ou à tutela judicial.

---

27. GUASTINI, Riccardo. *Decrehos: uma contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994, p. 128.
28. Com sua teoria analítica, Alexy divide as posições que constituem os direitos em três espécies: *(a)* direito a algo; *(b)* liberdades; *(c)* competências. Para o nosso estudo interessará apenas a espécie referida em "a", pois o direito à jurisdição não pode ser visto como um liberdade, nem muito menos como uma competência (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 186).
29. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 187.
30. "Artículo 24.
    1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."
31. "Art. 20º.
    1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 556 5/3/2007 12:35:16

Não obstante, o dispositivo brasileiro coloca o Poder Judiciário na incumbência de apreciar as alegações formuladas a respeito de direitos lesados ou de ameaças[32] de lesões a direitos, o que se faz através do processo, mediante o exercício da atividade jurisdicional. Como afirma Pontes de Miranda: "Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe o prover a distribuição dos julgamentos, onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido" [33].

Assim, o direito a provocar a função jurisdicional toma o status de contrapartida jurídica da vedação geral ao exercício da justiça de mão própria na resolução de conflitos intersubjetivos, assumindo o Estado a posição de sujeito passivo desse direito, na condição de devedor da tutela jurisdicional.

Quando alguém vai a juízo propondo uma demanda, presenciamos, pelo menos, três direitos (e *a fortiori* três pretensões) distintos e independentes: *i)* o direito à jurisdição, exercido para que o Estado-juiz preste a tutela jurisdicional, situado no plano do direito constitucional; *ii)* o direito ao remédio jurídico processual, exercido para que o Estado preste a tutela jurídica em conformidade com algum procedimento previsto na legislaçãodo processo (*v.g.* mandado de segurança, ação sumária etc.), situando-se, portanto, no plano do direito processual; *iii)* o direito subjetivo do qual se alega ser titular quando se intenta uma demanda (*v.g.* direito liquido e certo, direito à indenização etc.), cujo reconhecimento redundará na procedência ou não da demanda proposta, situado, de regra, no plano do direito material.

O direito à jurisdição é resultado da incidência da norma jurídica inserida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira e não se liga com o direito subjetivo que alguém alega possuir quando vai a juízo. Por isso, também o réu, quando chamado a se defender, exerce o mesmo direito de invocar a jurisdição, do qual já era titular mesmo antes do ajuizamento da demanda. Como assinala Pontes de Miranda, "a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado"[34], sendo por isso correto afirmar, como o faz Francisco Wildo Lacerda Dantas, que a defesa é "o poder de exigir a prestação jurisdicional, visto do ângulo do réu"[35]. Não deve

32. A jurisdição cautelar, portanto, como se observa, também integra a prestação que satisfaz o direito fundamental à jurisdição.
33. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, I, São Paulo: RT, 1973, p. 149.
34. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, V, São Paulo: RT, 1968, p. 221.
35. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 107.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 557 5/3/2007 12:35:16

ser olvidado o fato de que o *exercício* da defesa, necessariamente, corresponde à prática de um ato jurídico de direito processual, variando em conformidade com o que estabelecem as leis do processo (*v.g.* direito a oferecer contestação, no procedimento ordinário; direito a oferecer embargos, no procedimento monitório; direito a oferecer impugnação, no procedimento de embargos do devedor etc.).

Como características do direito à jurisdição, temos: *i)* a abstração, pois sua existência independe do fato da parte interessada possuir o direito subjetivo que afirma ser titular quando vai a juízo; *ii)* a universalidade, pois ele é conferido a todos indistintamente e também até a certos entes desprovidos de personalidade jurídica.

Feitas essas considerações, podemos então descrever a norma jurídica consagradora do direito fundamental à jurisdição, inserida no enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, dentro da perspectiva dogmática assumida: *dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, dever ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a tutela jurisdicional* (Se H, então deve-ser S^1RS^S).

Na hipótese normativa, temos o fato de alguém ser detentor da capacidade de ser parte, que é a aptidão conferida pelo direito a certas pessoas e a determinados organismos desprovidos de personalidade natural ou jurídica para figurarem como parte em relação jurídica processual[36]. A rigor, a capacidade de ser parte é extensiva a todos os sujeitos de direito, isto é, aos que são detentores da capacidade jurídica. Trata-se de noção que não comporta relativização, como bem assinala Fredie Didier Jr.[37]:

Ser ou não sujeito de direito é questão que não comporta relativização: ou se é sujeito de direito porque o Direito reconhece a possibilidade de titularizar situações jurídicas, ou não se é sujeito de direito. Não se pode ser sujeito de direito para algumas situações e não ter capacidade jurídica para outras.

Logo, sendo alguém titular da capacidade de ser parte, incide a norma jurídica do art. 5º, XXXV da Constituição, com a imediata irradiação da relação

36. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 223; MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Revista Direitos e Deveres, Maceió, EDUFAL, ano II, nº 04, jan/jun 1999, p. 21; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.
37. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 558 5/3/2007 12:35:16

jurídica em que se terá o direito à jurisdição de um lado e o dever de prestar a tutela jurisdicional de outro. Por isso, "ter capacidade de ser parte é ser titular da pretensão à tutela jurídica"[38]. Embora o enunciado normativo não seja expresso quanto à referência a esse elemento, sua presença decorre de imposição lógica: se do exercício do direito à jurisdição resulta o surgimento da relação jurídica processual, tem-se, por dedução, que somente quem possa figurar como termo dessa relação é que possa ser detentor daquele direito subjetivo.

Já no conseqüente normativo temos a relação jurídica em que o sujeito ativo está na posição jurídica de vir a obter a prestação da tutela jurisdicional, que constitui o objeto do dever imposto ao Estado, na condição de sujeito passivo (*a tem frente a b um direito G – DabG*). A seguir, passaremos a analisar os elementos que integram o direito à jurisdição.

3.1. O problema da titularidade (sujeitos ativo e passivo)

> Quando falamos em identificar a titularidade do direito à jurisdição, estamos pretendendo evidentemente fazer referência à posição do sujeito ativo da relação jurídica correspondente, mas, por elipse, falar de titularidade importa também em fazer alusão à posição do sujeito detentor do dever correspectivo da mesma relação.
>
> Titular do direito à jurisdição pode ser quem quer que se afigure detentor da capacidade de ser parte. O direito processual positivo brasileiro atribui a entes como o nascituro, a massa falida e o espólio a possibilidade de figurarem na posição de autor ou de réu em relação jurídica processual. Por conseguinte, o direito (pré-processual) à jurisdição também lhes é estendido. O réu também titulariza o direito fundamental à jurisdição. Todavia, como demonstrou Fredie Didier Jr.[39], não se deve supor que o processo (relação jurídica processual) em que figure como demandado algum ente desprovido de capacidade de ser parte seja inexistente[40].
>
> Do lado oposto, temos o Estado como titular do dever correspectivo ao direito à jurisdição. Mas é importante notar que o ente estatal comparece na relação na qualidade de órgão, a quem o direito atribui a condição de sujeito passivo. O devedor da tutela jurisdicional, na maioria dos casos, no ordenamento jurídico positivo, é o Poder Judiciário, o Estado-juiz, a despeito da falta de personalidade de tal órgão.

---

38. MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 04, Maceió, EDUFAL, 1999, p. 31.
39. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129.
40. O contrário ocorre quando se tem a ausência de capacidade de ser parte do autor, porque aqui a relação jurídica processual autor-juiz não é sequer formada por falta de pressuposto processual. Essa hipótese, porém, há de ser tida como excepcional (Cf. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120), pois o sentido da atribuição da capacidade de ser parte, inclusive a entes despersonificados, é o de estender em maior medida possível a outorga do direito à jurisdição.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 559 5/3/2007 12:35:16

> Isso porque, tomando-se aqui como hipótese de trabalho a distinção entre os conceitos de sujeito de direito e de personalidade, em razão da qual é possível perceber que podem ser termo de relações jurídicas certas entidades não-personificadas, verificamos que o Estado-juiz, como órgão, foi posto nessa condição por força da norma contida no art. 5º, XXXV da Constituição, que atribuiu ao Poder Judiciário (e não ao Estado brasileiro que ele integra) o dever de apreciar e afastar a lesão ou ameaça de lesão a direitos. E não poderia ser de outro modo, pois, caso contrário, não haveria possibilidade de haver relação jurídica processual em que o próprio Estado fosse parte, conforme observado por Lourival Vilanova[41]:
>
> Se o órgão não fosse uma porção diferenciada e individualizada de competência, se não adotasse a posição de sujeito-de-direito, confundir-se-ia com os demais órgãos, e descaberia o exercício da pretensão da tutela jurisdicional: incorreria na impossibilidade jurídica do Estado contra si mesmo, do Estado autojulgando-se.
>
> Assim, embora a personalidade seja do Estado, como pessoa jurídica de direito público que é, o órgão investido de jurisdição, como ente dotado de capacidade jurídica, é posto na posição de sujeito passivo do dever de efetuar a prestação jurisdicional. Assim temos S^1RS^2 em: *sujeito de direito* R *órgão do Poder Judiciário*.

3.2. A tutela jurisdicional

O direito fundamental à jurisdição se enquadra na modalidade de direito a ações positivas do Estado, que, na classificação de Alexy[42], se subdivide em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. A tutela jurisdicional constitui a prestação que satisfaz o direito à ação positiva ora denominado direito à jurisdição, pois nele o órgão jurisdicional é chamado a exercer a atividade de julgar e de resolver os conflitos postos à sua apreciação. A jurisdição, nessa perspectiva, se coloca como o objeto daquele direito fundamental. Logo, o direito fundamental se enquadra como um direito à ação positiva fática.

> O ser o um direito à prestação positiva evidencia que a sua satisfação requer um "agir", ou um "prestar" do titular do dever jurídico correlato, traduzido, de uma forma geral, na obrigação do juiz sentenciar, ou a praticar atos executivos quando a tutela jurisdicional seja prestada através do processo de execução. Por isso, como ressalta Ribeiro[43], se o juiz está obrigado a julgar, sua prestação não pode ser negativa, pois não lhe é dado negar-se a proferir uma sentença.

Por "tutela jurisdicional" entendemos a atividade praticada pelo Estado-juiz que consiste em receber e responder os pedidos formulados pelas partes em um

41. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 280.
42. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 194.
43. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 84.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 560 5/3/2007 12:35:17

dado processo, proferindo decisão a seu respeito. Assim, o exercício da jurisdição, feito através do processo, que, por sua vez, surge do exercício do direito à tutela jurisdicional[44], consiste em uma atividade[45].

Tradicionalmente, a jurisdição tem sido considerada como a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário destinada a realizar a justiça mediante a aplicação do direito às relações humanas intersubjetivas[46]. Essa aplicação, como enfatiza Francisco Wildo Lacerda Dantas[47], é autoritativa, porque exercitada por um poder estatal, que substitui as partes envolvidas como um terceiro imparcial, além de provocada, porque pressupõe a iniciativa das partes, e vinculada, porque promovida através do processo.

A expressão "tutela jurisdicional", assim, é aqui empregada no sentido de prestação que constitui o objeto do dever (pré-processual) do Estado-juiz de aplicar autoritativamente o direito, através do processo, como resultado do exercício da jurisdição.

Portanto, como características da jurisdição podemos enumerar: *i)* o fato de ser atividade praticada por autoridade estatal, realizada como desempenho de dever de função; *ii)* a condição de terceiro imparcial assumida pela autoridade julgadora relativamente aos interesses das partes[48]; *iii)* ser atividade realizada através de um processo.

Relativamente à última característica assinalada, é importante gizar que o processo representa o instrumento através do qual é exercido pela parte o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional e também o meio através do qual o juiz realiza a atividade a que chamamos de jurisdição. Isso demonstra a relação existente entre o direito à jurisdição, o processo e a tutela jurisdicional; a conhecida trilogia estrutural do fenômeno processual (jurisdição, ação e processo) é resultado desse relacionamento.

---

44. YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas,1999, p. 28-36), diferentemente, utiliza a expressão "tutela jurisdicional" ora (a) como o resultado da atividade jurisdicional produzido em favor do vencedor – a chamada "tutela de quem tem razão" -, ora (b) no sentido de meios ordenados e predispostos à consecução desse resultado.
45. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125) também abordam a jurisdição como poder e função. Como em nossa análise predomina o enfoque da tutela jurisdicional sob o ângulo de quem a pede, não entraremos no problema da jurisdição como poder e como função.
46. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Best Book, 2001, p. 109; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34, dentre outros.
47. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 35.
48. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 40.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 561 5/3/2007 12:35:17

Nessa perspectiva, tem-se que o juiz cumpre seu dever de prestar a tutela jurisdicional encerrando a atividade a que estava obrigado a realizar.

O autor exerce o direito à jurisdição e do ato jurídico em que se materializa seu exercício surge, como efeito, a relação jurídica processual (autor-juiz); com a citação, o réu é chamado a se defender e em assim o fazendo também exerce o seu direito à jurisdição, do que resulta a angularização da relação jurídica processual (autor-juiz-réu); o juiz ao resolver o processo (julgando ou não o mérito e independentemente do resultado do litígio) satisfaz o direito à jurisdição exercido por autor e réu e, também, extingue a relação processual.

Muito embora processo e jurisdição estejam intimamente vinculados, é sempre necessário distinguir: *i)* a pretensão à tutela jurisdicional (pré-processual); *ii)* a pretensão à resolução judicial (processual), que no processo de cognição representa o direito à obtenção de sentença; *iii)* pretensão à obtenção de sentença de mérito (processual), que constitui o direito daquele que atende a todos os pressupostos estabelecidos nas leis do processo (pressupostos processuais etc.).

4. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A Constituição espanhola consagra, de maneira explícita, em favor de todos os cidadãos espanhóis o que chamou de "direito à tutela efetiva", ao proclamar em seu artigo 24: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". A Constituição brasileira, diferentemente, não chegou a fazer nenhuma menção, de forma expressa, sequer a um direito à tutela jurisdicional, quiçá ao seu caráter "efetivo". Não obstante, alguns autores, como Marinoni, têm sustentado a existência, no direito brasileiro, do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Para Marinoni[49], o art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante a todos uma prestação jurisdicional efetiva, compreendendo o direito a um provimento judicial e aos meios necessários a dar efetividade aos direitos no plano do direito material. Os direitos subjetivos, em situações de ameaça ou agressão, para se tornarem efetivos (realizados) precisam da prestação jurisdicional. Assim, o direito fundamental à tutela judicial efetiva é visto como uma contrapartida da proibição da autotutela; é o direito a poder fazer valer os próprios direitos. Englobaria: a) direito à técnica processual adequada (norma processual); b) direito de participar através do procedimento adequado; c) direito à resposta do juiz. O direito do jurisdicionado à tutela judicial, dentro desse paradigma, não seria limitado à faculdade de acesso ao procedimento legalmente instituído. A ausência de técnica processual adequada

49. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 07 ago. 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 562 5/3/2007 12:35:17

para certa situação concreta representa hipótese de omissão, contrária, portanto, ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Como base em tais premissas, Marinoni propõe um direito à tutela jurisdicional efetiva dirigido contra o legislador, mas também contra o juiz. Considerando a regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (CF/88, art. 5º, § 1º), sustenta que o juiz deve interpretar as normas processuais à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, na falta de lei, deve concretizá-lo. Proclama, então, a partir de dispositivos como o art. 461 do CPC, um direito à construção da ação adequada à tutela dos direitos[50], por meio do qual o juiz deveria garantir todos os meios necessários à efetivação da tutela dos direitos, pois a ação poderia ser construída em cada caso concreto, conforme as necessidades da situação em apreciação.

As ponderações de Marinoni são pertinentes e oportunas. Apesar do texto constitucional brasileiro não enunciar expressamente a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva, a sua presença pode ser inferida a partir do enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Se o direito material atribui a alguém determinadas posições jurídicas positivas (*v.g.* direitos, pretensões e ações de direito material), mas veda a sua auto-realização, pondo o Estado na tarefa de realizá-las e satisfazê-las, não seria razoável concluir que as posições jurídicas de direito material pudessem, mesmo depois de reconhecidas, ficar simplesmente sem concretização.

Se o Judiciário brasileiro, segundo o art. 5º, XXXV da Constituição, deve apreciar e, por óbvio, remover as lesões ou ameaças de lesão a direitos, os seus julgados naturalmente devem ser efetivos, isto é, capazes de propiciar a remoção das situações contrárias à eficácia dos direitos reconhecidos. Figueruelo Burrieza[51] entende, na perspectiva do ordenamento jurídico espanhol, o direito fundamental a que o julgado se cumpra como um dos elementos do próprio direito à tutela judicial efetiva. Também Alexy[52] entende que a efetiva proteção jurídica dos direitos a procedimentos judiciais implica a necessidade de um resultado do procedimento que garanta ao respectivo titular os seus direitos materiais.

Todavia, se há lugar para o reconhecimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva no direito brasileiro, parece-nos não haver fundamento para se sustentar, a partir da interpretação do texto constitucional, um *direito à construção da ação adequada* a conferir efetividade da tutela jurisdicional em cada situação conflituosa, como propõe Marinoni.

Para sustentarmos que o demandante tem, a partir do art. 5º, XXXV da Constituição, direito à construção adequada à tutela de seu direito, seríamos obrigados a reconhecer que o juiz, correspectivamente, estaria obrigado a conceder a tutela

50. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 233.
51. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 126.
52. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 472.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 563 5/3/2007 12:35:17

jurisdicional ao postulante da forma como por ele postulada, desde que entendesse adequada à tutela efetiva do direito.

Nessa perspectiva, o demandado ficaria com suas garantias asseguradas constitucionalmente severamente reduzidas, pois a idéia sugerida por Marinoni daria ensejo a que se pudesse reclamar a adoção de técnicas processuais de tutela dos direitos "criadas" e de tal maneira postuladas pelo próprio demandante no âmbito de um processo, independente de sua conformação com os veículos previstos nas normas de direito processual. Cada juiz estaria autorizado a, em qualquer caso, em nome do direito à tutela jurisdicional efetiva, empregar técnicas que, segundo seu juízo de conveniência, se apresentassem adequadas para a realização de direitos. Parece-nos que o direito fundamental à tutela judicial efetiva com tal extensão não se sustenta perante o direito brasileiro.

É certo que, se admitíssemos a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva no direito brasileiro, uma decisão judicial não poderia ficar sem cumprimento, nem sem possibilidade de execução, mesmo na ausência total de normas processuais. Nessa situação de anomia (meramente hipotética, sem nenhuma relação com o direito hoje positivado), poder-se-ia admitir a atuação supletiva do juiz, praticando atos concretos destinados a promover o cumprimento de seu julgado. Mas a atuação que teria o juiz, em tal situação hipotética, seria apenas de relativa liberdade (mesmo em face desse imaginado estado de anomia do direito processual), em face da necessidade de observância das normas e garantias constitucionais (*v.g.* CF/88, art. 5º, LV) cuja proteção também se destina aos que ocupam a posição de demandado e de vencido no processo judicial e que têm aplicação imediata.

Posto isso, podemos a partir do enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição brasileiro, inferir a norma jurídica do direito à tutela jurisdicional efetiva: *Dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado*.

Na hipótese normativa, está o fato da existência de uma decisão emanada do Poder Judiciário. No conseqüente, a relação jurídica entre o vencedor, como sujeito ativo, e o juiz, como sujeito passivo, com o dever de prestar a tutela efetiva, promovendo a realização (cumprimento) da decisão, como maneira de evitar que seu julgado quede sem concretude.

5. O DIREITO À JURISDIÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL: ANÁLISE CRÍTICA

Embora esteja diretamente ligado ao processo, por meio do qual o Estado entrega a prestação jurisdicional, o direito à jurisdição possui um caráter constitucional (CF/88, art. 5º, XXXV); ele é pré-processual[53], pois sua existência é,

53. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 564 5/3/2007 12:35:18

necessariamente, anterior ao surgimento processo, já que apenas após o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional, é que será formada a relação jurídica processual.

O fato, porém, de ostentar um caráter constitucional não afasta o relacionamento existente entre aquele direito fundamental, a jurisdição e o processo, que juntos formam a chamada trilogia estrutural do fenômeno processual[54]. Com efeito, o exercício do direito de reclamar a tutela jurisdicional somente se dá através do processo, por cujo caminho também o Estado exercerá a jurisdição.

Há autores, como Fábio Gomes[55], contudo, sustentando que o chamado "direito subjetivo de ação" nasceria no momento em que o Estado estabeleceu o monopólio da jurisdição e por isso se situaria no plano processual, pois o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, para ele, "além de conter afirmação equivocada", também seria "irrelevante".

Os argumentos utilizados por Fábio Gomes, todavia, não nos aprecem decisivos. Como demonstrou Pontes de Miranda, o direito de se invocar a jurisdição pré-existe ao processo. Na verdade, se a relação jurídica processual é justamente a primeira conseqüência de seu exercício, tal direito não poderia ter natureza processual. O juiz possui o dever pré-processual ao menos de receber a petição inicial do autor, ainda que para indeferi-la, ou para rejeitar-lhe admissibilidade[56].

Também não seria correto supor que o monopólio na distribuição da justiça houvesse sido estabelecido pelo Estado em razão de alguma norma jurídica ordinária, de direito processual. Ao contrário, se entendemos que ao Poder Judiciário cabe precipuamente o exercício da jurisdição, essa conclusão deriva justamente do art. 5º, XXXV da Constituição, cujo texto deixou claro que as lesões ou ameaças de lesões a direitos serão remediadas pelo Estado-juiz, ou, ainda, na implicitude do enunciado normativo do art. 2º da Constituição, que consagra o chamado princípio da separação de poderes, em razão do qual está subentendido que a função jurisdicional é atividade típica do Poder Judiciário. Como observou Figueruelo Burrieza, ao comentar a ausência de dispositivo constitucional expresso nas constituições espanholas anteriores à Carta Constitucional de 1978 a respeito do direito à jurisdição: "es necesario precisar que, de forma implícita, el derecho a la jurisdicción se contenía en la regulación del poder judicial"[57].

---

54. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 30.
55. GOMES, Fábio. *Carência de Ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.
56. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 213.
57. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 25.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 565 5/3/2007 12:35:18

De fato, se entendêssemos que o direito de acesso à justiça fosse de índole processual, estaríamos admitindo que o legislador do processo, mediante a edição de uma simples lei ordinária, poderia a qualquer momento restringir a regulação da função jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro e assim interferir na estrutura de separação dos poderes positivada na nossa Constituição. Se é certo o entendimento de Fábio Gomes no sentido de que o direito à jurisdição surge como contrapartida da assunção do monopólio estatal na distribuição da justiça – e a doutrina de um modo geral costuma adotar esse entendimento –, parece-nos pouco razoável sustentar que esse monopólio seria obra da legislação ordinária processual.

6. CONCLUSÃO: NORMA DE CONDUTA, NORMA DE ESTRUTURA E NORMA SANCIONADORA EXTRAÍDAS DO ENUNCIADO DO ART. 5º, XXXV DA CF/88

Entre os variados critérios utilizados para se classificar as normas jurídicas, encontra-se a difundida classificação referenciada por autores como Norberto Bobbio[58], entre normas de conduta e normas de estrutura. As primeiras disciplinam os comportamentos intersubjetivos, recaindo imediatamente sobre a conduta humana; as segundas regulam as condições ou os procedimentos de que emanam normas de condutas válidas (pertencentes a um dado ordenamento).

Como temos ressaltado, a norma jurídica difere do enunciado normativo que a veicula. Por isso, nada obsta a que se tenha um fragmento de texto (artigo, parágrafo, inciso ou alínea) cujo sentido revele a existência de mais de uma norma. É justamente o que sucede com o art. 5º, XXXV da Constituição brasileira.

Já pudemos dar a devida ênfase à norma jurídica de conduta inserida naquele dispositivo constitucional, que chamaremos de *NC*[1], de cuja incidência decorre o surgimento do direito à jurisdição e, logicamente, do dever jurídico correspectivo.

O enunciado, porém, revela, justamente na oração negativa "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário", um comando cujo significado é diferente daquele que indica a norma de conduta que prescreve o direito à jurisdição.

Com efeito, o destinatário dessa segunda norma, que doravante chamaremos *NE*, como se percebe, é o legislador e não mais o órgão investido de jurisdição,

58. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 33.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 566 5/3/2007 12:35:18

como se deu na primeira norma antes descrita. Aqui temos uma nítida vedação à edição de atos legislativos (em sentido amplo) que impossibilitem o acesso à justiça a quem quer que se sinta lesado ou com ameaça de lesão a seus direitos. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 150, § 4º da Constituição de 1967[59], cuja redação era similar à do art. 5º, XXXV da Carta em vigor, pontificava: "os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição (coisa julgada material) pelo Poder Judiciário"[60].

Essa segunda norma (*NE*) se apresenta como uma típica regra de estrutura, pois recai – não imediatamente sobre comportamentos intersubjetivos –, mas sim sobre a amplitude da competência, quanto à matéria, para edição de outras normas jurídicas. As normas de estrutura não se restringem a regular o procedimento e a estabelecer órgão competente para edição de normas jurídicas; em certa medida, também podem atingir o conteúdo do ato normativo a ser editado. Como pondera Gabriel Ivo[61], a competência não pode ser entendida alheia a um conteúdo. Por isso, as chamadas normas que delimitam matéria também se apresentam como normas de estrutura. Essa regra de estrutura, denominada "norma de produção jurídica que delimita a matéria"[62] pode assim ser expressa: *Dado o fato do órgão competente exercer sua competência, deve ser a observância dos contornos materiais estabelecidos na Constituição*. Cotejando essa regra com o enunciado normativo do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, temos que a norma de estrutura a que estamos a nos referir (*NE*) pode ser articulada nos seguintes termos: *Dado o fato do Poder Legislativo exercer sua competência, deve-ser a observância de vedação quanto à edição de atos legislativos que excluam da apreciação judicial alegações de lesão ou de ameaça de lesão a direitos*.

Somente por força da existência dessa norma de estrutura é que se poderia justificar a garantia constitucional em face do legislador ordinário quanto ao direito à jurisdição, no sentido de impedir a edição de leis que afastam do Poder Judiciário a apreciação pedidos de tutela jurisdicional em certas situações.

> O próprio Supremo Tribunal Federal[63] já reconheceu a inconstitucionalidade de lei ordinária que autorizava a manutenção de sigilo da identificação de qualquer

59. Art. 150.....
§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual;"
60. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, V, São Paulo: RT, 1968, p. 100.
61. IVO, Gabriel. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 25.
62. IVO, Gabriel. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 24.
63. STF. Mandado de Segurança 24.405/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.04.2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 567 5/3/2007 12:35:18

denunciante de irregularidades no Tribunal de Constas da União, por violação ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois o anonimato impediria que a parte denunciada ingressasse em juízo contra o denunciante para reclamar eventuais ofensas a direito à imagem e as indenizações daí decorrentes. Esse precedente ratifica que do art. 5º, XXXV da Constituição extrai-se também uma norma de estrutura contendo vedação dirigida ao legislador infraconstitucional. Isso porque se é inconstitucional lei que torna materialmente impossível ao ofendido pleitear em juízo reparações pelas violações a seus direitos, é porque alguma norma constitucional, antes, vedara a edição de um ato legislativo dessa natureza.

Do enunciado normativo também extraímos uma terceira norma jurídica (de conduta), aqui simbolizada por NC^2, que estabelece o chamado "direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva", do qual já tratamos acima, e cuja estruturação pode ser assim expressa: *Dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado*.

Ademais, também podemos inferir a existência de outra norma jurídica a partir do enunciado do art. 5º, XXXV da CF/88, esta agora de natureza sancionadora, doravante chamada *NS*. Como bem demonstrou Marcos Bernardes de Mello[64], a invalidade constitui espécie de sanção atribuída pelo ordenamento jurídico em decorrência da prática de ato jurídico contrário ao direito. Logo, a inconstitucionalidade se apresenta como sanção prescrita pela Constituição como decorrência da produção de atos jurídicos infraconstitucionais com ela conflitantes.

Assim, sempre que ocorre a violação à vedação posta em *NE*, isto é, quando o Poder Legislativo exerce sua competência em desconformidade com a proibição de natureza material contida naquela regra, incide a norma jurídica sancionadora invalidando a norma produzida em desacordo com o direito. Sempre que o Poder Legislativo editar norma que acarrete exclusão da apreciação judicial de qualquer pedido de tutela de direito, tal norma conterá o vício de inconstitucionalidade, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no precedente há pouco mencionado. Podemos então expressar *NS* com o seguinte teor: *Dado o fato do Poder Legislativo editar a norma jurídica N' com inobservância da vedação contida em NE, deve-ser a invalidação de N'*.

Portanto, reagrupando as normas jurídicas que se extraem do enunciado do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, temos: NC^1 – dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, dever ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a prestação da tutela jurisdicional; NC^2 – dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do vencedor à obtenção da realização efetiva do julgado; *NE* – dado o fato do Poder Legislativo exercer sua competência, deve-ser a observância de vedação quanto à edição de atos legislativos que excluam da apreciação judicial alegações de lesão ou de ameaça de lesão a direitos; *NS* – dado o fato do Poder Legislativo editar a norma jurídica *N'* com inobservância da vedação contida em *NE*, deve-ser a invalidação de *N'*.

64. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*.10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 227.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 568 5/3/2007 12:35:18

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y Normas*, in Análisis Lógico y Derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina,1995.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*, São Paulo: Dialética, 1997.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005.

EHRHARDT JÚNIOR., Marcos A.de A. *Aspectos sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano 2, nº 02, Maceió, Nossa Livraria Editora, 2006.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003.

GOMES, Fábio. *Carência de Ação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Decrehos: uma contribucion analitica*, in Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Ed. José Maria Sauca, Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial del Estado, Madrid: 1994.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica – produção e controle*, São Paulo: Noeses, 2006.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 569 5/3/2007 12:35:19

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 05, Maceió, EDUFAL, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 07 ago. 2006.

_____. *Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos*, in Polêmica sobre a Ação, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*, São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*.10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2003

_____. *Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito*, in Rev. Direitos e Deveres, ano II, nº 04, Maceió, EDUFAL, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, IV e V, São Paulo: RT, 1968.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*, I, São Paulo: RT, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1955.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 570 5/3/2007 12:35:19

SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais*, in Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, ano I, nº 01, Maceió, Nossa Livraria Editora, jan/dez 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

STF. Mandado de Segurança 24.405/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.04.2004.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas,1999.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 571 5/3/2007 12:35:19

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 572 5/3/2007 12:35:19

Capítulo XX
Reflexões sobre o Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual contemporâneo

*Ricardo Maurício Freire Soares**

Como se o milagre tivesse se realizado
Muitos sentirão alegria
Porque deles é o primeiro milagre
E darão o óbolo do fariseu com ares humildes
Muitos não compreenderão
porque suas inteligências vão somente até os processos
E já existem nos processos tantas dificuldades...
Alguns verão e julgarão com alma
Outros verão e julgarão com a alma que eles não têm
Ouvirão apenas dizer...(Vinicius de Moraes, *in* Acontecimento)

Sumário • 1. Pós-positivismo e direito principiológico. 2. A ontologia dos princípios jurídicos. 3. A funcionalidade dos princípios jurídicos. 4. Os caracteres de um direito processual principiológico. 5. O princípio constitucional da proporcionalidade. 6. As dimensões do princípio constitucional da proporcionalidade. 7. Hipóteses de aplicabilidade do princípio constitucional da proporcionalidade no processo civil brasileiro. 8. O princípio constitucional da proporcionalidade e a indissociabilidade do binômio direito material/direito processual. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

1. PÓS-POSITIVISMO E DIREITO PRINCIPIOLÓGICO

Com a crise da modernidade jurídica, o reexame do modelo positivista tem ocupado cada vez mais espaço nas formulações da ciência do direito. A constatação de que o direito não se resume a um sistema fechado de regras legais abriu margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais. Deste modo, foi se erguendo um novo paradigma jurídico, denominado por muitos autores como "pós-positivismo".

* Doutorando e Mestre em Direito (UFBA). Professor das Faculdade de Direito da UFBA, UNIFACS e do Curso *Jus*PODIVM. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 573 5/3/2007 12:35:19

Podem ser elencados, no campo teórico pós-positivista, dois pilares básicos: a proposta de uma nova grade de compreensão das relações entre direito, moral e política; e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista do positivismo jurídico. Em relação a este segundo aspecto, interessa frisar a emergência de um modelo de compreensão principiológica do direito, que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da ordem jurídica.

Divisando a emergência desta nova concepção, sustenta Eduardo de Enterría (1986, pp. 30-34) que " todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción substancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos Ahora bien, la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir, a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguinte, expresarse el orden jurídico".

Dentro do pensamento jurídico pós-positivista, sem embargo de outras referências importantes, adquirem relevo as contribuições de expoentes como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas concepções devem ser examinadas no presente trabalho, ainda que numa apertada síntese.

No tocante a Chaïm Perelman, sua obra se insurge contra as conseqüências de uma abordagem positivista no campo da argumentação racional dos valores. O filósofo belga critica o modelo teórico que privilegia apenas a demonstração e o raciocínio lógico-matemático como caminhos para a obtenção da verdade, o que acaba por relegar ao voluntarismo todas as opções axiológicas do indivíduo.

Ao refutar a concepção moderna de razão, Perelman busca enfatizar meios de prova distintos do modelo dedutivo-silogístico. A valorização de outros meios de produzir convencimento reclama a elaboração de uma teoria da argumentação, capaz de descortinar um caminho diferente da demonstração, pedra de toque do funcionamento da lógica cartesiana tradicional.

Segundo ele, é necessário potencializar a dimensão retórica do direito e investigar o modo de desenvolvimento racional da argumentação, perquirindo as técnicas capazes de permitir a adesão de teses sustentadas perante um determinado auditório. Partindo da distinção cunhada por Aristóteles entre o raciocínio dialético, que trata do verossímil e serve para embasar decisões, e o raciocínio

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 574 5/3/2007 12:35:19

analítico, que abrange o necessário e sustenta demonstrações, Perelman situa o raciocínio jurídico no primeiro grupo, ressaltando a sua natureza argumentativa.

Sendo assim, as premissas do raciocínio juridico não são previamente dadas, mas, em verdade, são escolhidas pelo orador. O interlocutor que as elege (*v.g*., o advogado, o promotor, o juiz) deve, de início, buscar compartilhá-las com o seu auditório (*e.g*., juiz, tribunal, júri, opinião pública), pois, em seu cotidiano profissional, o operador do direito é instado a formular argumentos a fim de convencer o interlocutor da tese sustentada.

Perelman constata, assim, a importância da retórica no âmbito do conhecimento jurídico, com o que se opõe a algumas premissas básicas do positivismo lógico, tais como a rígida separação entre o direito e a moral, com a conseqüente negação da normatividade dos princípios jurídicos.

Neste diapasão, refere Chaïm Perelman (1999, pp.395-396) que, cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorrem aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo jus gentium e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção positivista que faz a validade de toda a regra do direito depender de sua integração num sistema hierarquizado de normas.

Com efeito, Perelman observa que, na prática da decisão judicial, ao contrário do que defendiam os positivistas, são introduzidas noções pertencentes à moralidade, mediante o uso da principiologia. Sendo assim, os princípios jurídicos figuram, então, como *topoi* (lugares-comuns), aos quais o juiz pode recorrer como premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para a justificação racional de um ato decisório. A utilização destes *topoi*, no processo de argumentação judicial, remete à necessidade de uma escolha valorativa do hermeneuta, que se orienta pelo potencial justificador e racionalizador para a tomada de uma decisão.

Para Perelman, não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação, sendo necessário escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, bem como formulá-los e interpretá-los, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente. O que importa é causar a adesão do auditório composto pela comunidade jurídica, através do uso dos *topoi* mais persuasivos para o deslinde do caso concreto, através da força dos melhores argumentos, o que se potencializa com o uso da principiologia jurídica.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 575 5/3/2007 12:35:20

De outro lado, Ronald Dworkin tem desenvolvido suas reflexões sobre os princípios jurídicos a partir de um diálogo com outras doutrinas positivistas, mormente o normativismo lógico de Hart, no contexto dos sistemas de inspiração anglo-saxônica (*common law*). Dworkin não compartilha do entendimento de que, nos chamados *hard cases*, o julgador pratica um mero ato volitivo, exteriorizando suas convicções particulares e arbitrárias de justiça. Segundo ele, os princípios podem ser utilizados como critérios racionais para uma interpretação reconstrutiva da ordem jurídica e a conseqüente tomada de uma decisão, porque objetivamente inseridos no sistema jurídico.

Para Dworkin, é indispensável reabilitar a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica, de molde a controlar a decisão judicial. Para tanto, critica a estreita visão positivista que considera o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e que autoriza a discricionariedade do magistrado no preenchimento das eventuais lacunas jurídicas. Isto porque quando se admite que o ordenamento jurídico também contempla princípios, esses problemas restarão solucionados.

Neste sentido, pondera Ronald Dworkin (1997, p.100) que "una vez que abandonamos esta doctrina (positivismo) y tratamos los princípios como derecho, planteamos la possibilidad de que una obligación jurídica (a ser cumprida pelo jurisdicionado) pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida".

Segundo ele, os princípios jurídicos, diferentemente, das regras, não podem ser aplicados através do método lógico-formal, por não disciplinar diretamente uma caso concreto. Ademais, é possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução do litígio, apontando em sentidos diversos. Configurada esta hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve através de um processo hermenêutico de ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins muitas vezes distintos, apontando para soluções diversas e contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essen-

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 576 5/3/2007 12:35:20

cialmente dialética do direito, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo o uso do instrumental metodológico da ponderação.

Por outro lado, ao estudar o sistema jurídico anglo-saxônico, marcado pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, Dworkin pontifica que a prática jurídica se afigura como um exercício permanente de interpretação. Apontando os pontos de convergência entre a interpretação literária e a interpretação jurídica, pretende demonstrar que a ordem jurídica é um produto de sucessivos julgamentos interpretativos. Os intérpretes/aplicadores, no entender de Dworkin, atuariam como romancistas em cadeia, sendo responsáveis pela estruturação de uma obra coletiva – o sistema jurídico.

Para Dworkin (2000:238), decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do common law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito subjazem a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

A função do intérprete e aplicador seria, portanto, a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clásssica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa), na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não estaria, assim, criando direito novo, mas racionalizando o material normativo existente. O que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete se orientar pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

A seu turno, merece também registro a obra de Robert Alexy, que se propõe a examinar as possibilidades de uma racionalização discursivo-procedimental para o Direito, com destaque para o papel exercido pelos princípios jurídicos.

Com efeito, Alexy parte de uma teoria geral da argumentação prática para aplicá-la ao campo do direito. Para ele, o discurso jurídico figura como um ca-

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 577 5/3/2007 12:35:20

so especial do discurso da moralidade. Valendo-se da contribuição da teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas, entende Alexy que as questões jurídicas podem ser decididas por meio da racionalidade do melhor argumento, como expressão de um consenso justificado.

Segundo Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porque são debatidas questões práticas, com uma justa pretensão de correção, dentro dos limites normativos do direito positivo. O discurso jurídico não pretende sustentar que uma determinada proposição seja intrinsicamente verdadeira, mas, isto sim, que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente.

Para ele, se, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral, por outro lado, é moldado pelas regras e formas específicas do discurso jurídico, que expressam, basicamente, a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à ciência dogmática do direito.

Sendo assim, sustenta Alexy que uma teoria da argumentação jurídica apresenta o seu valor prático quando consegue unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o procedimental e o normativo. O primeiro representa o lado ativo, composto de quatro procedimentos (discurso prático geral, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial). O segundo configura a dimensão passiva, constituído por regras e princípios. A concepção tridimensional de Alexy – composta de regras, princípios e procedimentos – não permite atingir sempre uma única resposta correta para cada caso concreto, mas, em contrapartida, potencializa a busca de um maior grau de racionalidade prática para a tomada da decisão jurídica.

Sobre a principiologia jurídica, leciona Robert Alexy (2001,p.248) que a formulação de princípios forma uma classe final de normas jurídicas. Para ele, princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

Na visão de Alexy, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, deste modo, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. A forma característica de aplicação das regras é a subsunção. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. As normas principiológicas figuram, por

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 578 5/3/2007 12:35:20

conseguinte, como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. A forma característica de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação.

Como já referido na obra de Ronald Dworkin, sob a égide de uma visão positivista do direito, a subsunção se afigurou como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos); e a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se esta espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de direito, revela-se, no entanto, insuficiente para a lidar com a interpretação dos princípios jurídicos, como fundamentos para a decidibilidade de conflitos. Desponta, assim, a ponderação como técnica hermenêutica aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção figura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas que sinalizam soluções diferenciadas.

Embora não seja possível conceber uma teoria sobre os princípios jurídicos que os situe numa hierarquia restrita, Alexy propõe uma ordem frouxa, que permite a aplicação ponderada da principiologia, como fundamento para a tomada de decisões jurídicas, e não o seu uso arbitrário, o que sucederia caso se circunscrevesse a um mero catálogo de t*opoi*.

Como bem refere Atienza (2003, p.182), essa ordem frouxa proposta por Alexy se compõe de três elementos: a) um sistema de condições de prioridade, que fazem com que a resolução das colisões entre os princípios, num caso concreto, também tenha relevo para novos casos. As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o caso concreto de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente; b) um sistema de estruturas de ponderação que derivam da natureza dos princípios como mandados de otimização. Com referência às possibilidades fáticas, cabe formular as seguintes regras: uma medida M é proibida em face de P1 e P2, senão é eficaz para proteger o princípio P1, mas é eficaz para solapar o princípio P2; uma medida M1 é proibida com relação a P1 e P2 se existe uma alternativa M2 que protege P1 pelo menos tão bem quanto M1, mas que solapa menos P2. Com relação às possibilidades jurídicas, a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade, que se exprime nesta lei de ponderação: quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro; c) um sistema de prioridades *prima facie*: a prioridade estabelecida de um princípio sobre outro pode ceder no futuro, mas quem pretende modificar essa prioridade se encarrega da importância da prova.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 579 5/3/2007 12:35:20

Coube ainda a Alexy (2002, p.457) relacionar a normatividade jurídica com a organização procedimental, ao sustentar que os procedimentos se afiguram como os meios capazes de produzir um acordo racional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, geralmente enunciados em princípios jurídicos, oportunizando a dinamização de um espaço comunicativo necessário para a correção das proposições normativas. Neste contexto, afirma-se que os procedimentos são sistemas de regras e princípios para a obtenção de um resultado consensual. Se o resultado do discurso jurídico é obtido com base em tais regras e princípios, então, desde o aspecto procedimental, essa é uma característica positiva. Se não é obtido desta forma, o resultado é defeituoso desde o ponto de vista procedimental, afigurando-se negativo. Tudo isso revela como a estruturação dos procedimentos está umbilicalmente ligada à tutela dos direitos fundamentais do cidadão.

Deste modo, como se infere dos contributos de Perelman, Dworkin e Alexy, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, que enfatiza a relevância téorico-prática dos princípios, permite oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

2. A ONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O vocábulo princípio, do latim *principium*, significa, numa acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas. Transpondo o vocábulo para o plano gnoseológico, os princípios figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, vale dizer, condição ou base de validade das demais asserções que integram um dado campo do saber.

No que se refere ao direito, também é possível referir a existência de princípios. Em virtude da constante utilização dos princípios na atualidade, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia a emergência de um novo paradigma principiológico, visto que a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando, cada vez mais, os princípios na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender e utilizar estas espécies normativas.

Com efeito, os juristas empregam o termo princípio em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam normas gerais que traduzem valores e que, por isso, são ponto de referência para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas. No último, seriam generalizações obtidas por indução a partir das

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 580 5/3/2007 12:35:21

normas vigentes em cada ramo jurídico. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo adquire uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação se afigura descritiva.

Inobstante sua função descritiva, importa assinalar o papel prescritivo dos princípios jurídicos. Com o advento do pós-positivismo, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. O novo paradigma principiológico procura dar força cogente aos princípios jurídicos, independentemente das dificuldades geradas pela sua vagueza (denotação imprecisa) ou ambigüidade (conotação imprecisa), conferindo aos seus preceitos um alto grau de abstração e generalidade.

Como normas jurídicas de inegável densidade valorativa, os princípios jurídicos ganham relevo para o direito contemporâneo. A partir do momento em que são reconhecidos como normas jurídicas, todo esforço é canalizado para emprestar-lhes a máxima eficácia. Não é outra razão pela qual a doutrina tem apresentado um significativo empenho em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, na busca de seus elementos genuínos, diferenciando-os das regras jurídicas.

Conforme indica Espíndola (1999, p.65), a distinção entre regras e princípios pode ser guiada pelos seguintes critérios: a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, julgador ou administrador), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante..

Sendo assim, as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termos definitivos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 581 5/3/2007 12:35:21

reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração, irradiam-se os princípios irradiam-se pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica do sistema normativo. Deste modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos.

Não é outro o entendimento de Guerra Filho (1997, p.17), para quem as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a conseqüência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo*, in abstracto*, antinômicos entre si.

Sendo assim, as regras e os princípios, em sua sinergia e complementariedade, são indispensáveis ao equilíbrio do direito, visto que a concepção isolada destas espécies normativas poderia interferir no funcionamento deste sistema, abalando a necessidade de preservar tanto a segurança quanto a adequação social do ordenamento jurídico.

Neste sentido, refere Canotilho (1991, p.175) que um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 582 5/3/2007 12:35:21

dependência do possível fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

3. A FUNCIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Não basta ao operador do direito conhecer as características dos princípios, sendo fundamental, outrossim, saber para que eles servem no plano do conhecimento jurídico. É necessário, pois, compreender qual a função dos princípios de direito para que possam ser aplicados com razoável correição. Os princípios figuram como normas jurídicas, segundo o entendimento majoritário da doutrina contemporânea. Os princípios exercem, porém, dentro do sistema normativo um papel diferente daquele desempenhado pelas regras jurídicas. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de disciplinar as relações intersubjetivas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. O mesmo não se processa com os princípios, em face das peculiaridades já demonstradas. Os princípios jurídicos são, por seu turno, multifuncionais, podendo ser vislumbradas as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica.

Não é outro o pensamento de Valdés (1990, pp.78-79) quando define os princípios gerais do direito como "las ideas fundamentales que la comunidad forma sobre su organización jurídica están llamadas a cumplir la triple función fundamentadora, interpretativa y supletoria. Supone esta nota característica que tales ideas básicas, por ser fundamento de la organización jurídica, asumen una misión directiva en el desarrollo legislativo necesario para la regulación de todas sus relaciones interindividuales y colectivas. Como igualmente cumplen un papel crítico (axiológico) capaz, en último término, de invalidar o derogar toda norma positiva que irreductiblemente muestre tajante oposición a aquellos principios. Y tanto una como otra función la realizan en virtud del denominado, en nuestro Derecho positivo, carácter informador, que también justifica su misión interpretativa, en relación a las demás fuentes jurídicas. Y residualmente podrán ser utilizados como fuente autónoma, de directa aplicación, para resolver o regular concretas situaciones jurídicas, en defecto de ley o costumbre, asumiendo así el carácter de fuente supletoria e integradora del ordenamiento jurídico".

Na qualidade de fonte subsidiária do direito, os princípios serviriam como elemento integrador, tendo em vista o preenchimento das lacunas do sistema jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie típica. Esta concepção revela-se, porém, anacrônica. Isto porque, ao se constatar a normatividade dos princípios jurídicos, estes perdem o caráter supletivo, passando a impor uma aplicação obrigatória. Assim sendo, os princípios devem ser utilizados como

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 583 5/3/2007 12:35:21

fonte primária e imediata de direito, podendo ser aplicados a todos os casos concretos.

De outro lado, no desempenho de sua função fundamentadora, os princípios são as idéias básicas que servem de embasamento ao direito positivo, expressando os valores superiores que inspiram a criação do ordenamento jurídico. Configuram, assim, os alicerces ou as vigas mestras do sistema normativo.

Ademais, destaca-se, especialmente, a função hermenêutica dos princípios jurídicos. A ordem jurídica é sustentada numa base principiológica. Em decorrência deste marco fundante, os princípios orientam a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, inclusive, das regras jurídicas. Com efeito, é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios. Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios. Ademais, quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.

No campo hermenêutico, serve também o princípio jurídico como limite de atuação do intérprete. Ao mesmo passo em que funciona como vetor de orientação interpretativa, o princípio tem como função limitar o subjetivismo do aplicador do direito. Sendo assim, os princípios estabelecem referências, dentro das quais o hermeneuta exercitará seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça diante de um caso concreto.

Ainda no plano hermenêutico, pode-se dizer que os princípios jurídicos funcionam como padrão de legitimidade de uma opção interpretativa. É que os princípios despontam como imposições axiológicas capazes conferir força de convencimento às decisões jurídicas. Quanto mais o operador do direito procura torná-los eficazes, no deslinde dos conflitos de interesses, mais legítima tenderá a ser a interpretação e a posterior decisão. Por outro lado, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar os princípios jurídicos, enquanto repositório de valores socialmente aceitos.

No tocante à operacionalização da interpretação principiológica, diferentemente das regras que possuem uma estrutura proposicional clássica (se A, então B), os princípios jurídicos não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo. Logo, a sua aplicação exige um esforço axiológico para que sejam densificados e concretizados pelos operadores do direito. Com efeito, *densificar* um princípio jurídico implica em

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 584 5/3/2007 12:35:21

preencher e complementar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. A densificação de um princípio é uma tarefa complexa, que se inicia com a leitura isolada da norma principiológica, passando por uma análise sistemática da ordem jurídica, para, a partir daí, delimitar o seu significado. Por sua vez, *concretizar* o princípio jurídico é traduzi-lo em decisão, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos) a normas decisórias (contextos jurídicos-decisionais). As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, umbilicalmente ligadas: densifica-se um espaço normativo a fim de tornar possível a concretização e conseqüente aplicação de um princípio a uma situação jurídica.

Neste diapasão, sustenta Eros Grau (2002, pp.170-171) que, enquanto as regras estabelecem o que é devido e o que não é devido em circunstâncias nelas próprias determinadas, os princípios estabelecem orientações gerais a serem seguidas em casos, não predeterminados no próprio princípio, que possam ocorrer. Por isso os princípios são dotados de uma capacidade expansiva maior do que a das regras, mas, ao contrário destas, necessitam de uma atividade ulterior de concretização que os relacione a casos específicos.

Em razão desta peculiar estrutura normativo-material, que os distingue das regras jurídicas cuja aplicação está subordinada à lógica do tudo ou nada os princípios apresentam-se como mandados de otimização, que, a corporificar valores e fins, não só facultam como até mesmo exigem uma aplicação diferenciada, para que se realize o ótimo dentro das fáticas e jurídicas circunstâncias possíveis. Sendo assim, na aplicação dos princípios, o intérprete do direito não escolhe entre esta ou aquela norma principiológica, atribuindo, em verdade, mais peso a um do que a outro (dimensão de peso), em face dos caracteres do caso concreto. Exercita-se, assim, um juízo de ponderação que não desqualifica ou nega a validade ao princípio circunstancialmente preterido, o qual, por isso mesmo, em outra lide, poderá vir a merecer a preferência do jurista.

4. OS CARACTERES DE UM DIREITO PROCESSUAL PRINCIPIOLÓGICO

O advento do pós-positivismo jurídico passou a exigir o redimensionamento da finalidade do processo, a fim de configurar-se como instrumento ético-político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade civil, enunciados pelos princípios constitucionais. Isto oportunizou a emergência de um discurso principiológico aplicado às relações processuais, cuja multifuncionalidade e

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 585 5/3/2007 12:35:21

eficácia permitiram tornar o processo um espaço público vocacionado para a tutela da dignidade do ser humano.

Não é outro o entendimento de Fredie Didier (2006, p. 31), para quem os processualistas avançaram no estudo dos direitos fundamentais, para encarar os institutos processuais não só à luz da Constituição, mas, sim, pela perspectiva de um determinado tipo de norma constitucional, que são aquelas que prescrevem os direitos fundamentais. Fala-se, então, do estudo do processo à luz dos direitos fundamentais.

Influenciado pela principiologia constitucional, o direito processual passou a adquirir, paulatinamente, as notas da pluralidade, reflexividade, prospectividade, discursividade e relatividade, que caracterizam o fenômeno jurídico contemporâneo.

A pluralidade do direito processual pode ser constatada a partir do momento em que o processo deixa de restringir-se à solução dos conflitos individuais, alcançando o deslinde de litígios metaindividuais, tornando-se, assim, um instrumento mais heterogêneo e dialético, flexibilizando a legitimação para agir, tendo em vista a salvaguarda das diversas dimensões principiológicas dos direitos fundamentais: civis, políticos, coletivos, econômicos e difusos.

A reflexividade do direito processual decorre da abertura deste campo do sistema jurídico aos novos valores e fatos sociais, propiciada pela quebra da clássica dicotomia direito substancial ou material x direito adjetivo ou formal, fruto da neutralização ético-política promovida pelo positivismo jurídico. Neste sentido, o processo passa a apresentar maior maleabilidade em face das especificidades de cada lide, adaptando os procedimentos às exigências axiológicas e valorativas dos princípios que corporificam os direitos fundamentais envolvidos nas lides.

A seu turno, a prospectividade do direito processual pode ser medida pela progressiva utilização dos princípios constitucionais do processo na solução dos conflitos de interesse, visto que se apresentam como estruturas normativas mais flexíveis e propensas a acompanhar a evolução histórico-social dos direitos fundamentais.

A discursividade do direito processual pode ser vislumbrada pela valorização da natureza retórica do processo, concebido como um *locus* democrático em que os sujeitos processuais exercitam uma racionalidade comunicativa, cooperando para a busca de um ato decisório mais justo. Sendo assim, enfatiza-se o desenvolvimento de processos argumentativos, baseados na principiologia constitucional, que oportunizem e dinamizem as garantias do devido processo legal, tais

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 586 5/3/2007 12:35:22

como o contraditório e a ampla defesa, a fim de melhor justificar e legitimar as decisões judiciais sobre direitos fundamentais.

Essa nova mentalidade abre margem para a reformulação do paradigma tradicional do direito processual, em favor de um modelo dialógico-participativo, em que o processo figura como um espaço público para o debate democrático e a sedimentação de consensos de valores.

Neste sentido, sustenta Karl Popper (1999, p.123) que o autoritarismo da ciência estava ligado à idéia de estabelecer, de provar e de verificar as suas teorias, o que justifica a adoção de um paradigma crítico que se vincula à idéia de testar e refutar as suas conjecturas, através da dialética discursivo-argumentativa.

Sendo assim, com a elaboração de uma nova lógica para a conceituação do que seja científico numa perspectiva de falibilidade das afirmações (dogmatizações) do discurso do conhecimento, é possível, no campo do direito (inclusive o processual) – para considerá-lo científico – conjecturar que o discurso legal só serviria à ciência moderna numa versão falibilista na qual o direito haveria de oferecer expressamente a possibilidade de fiscalização (correição) continuada, desde o ponto decisório de sua criação até o momento de aplicação.

Segundo Rosemiro Leal (2002, p. 167), o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, torna o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana, legitimadora dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espácio-temporal de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa.

O processo converte-se, assim, na instituição jurídica do exercício dos direitos fundamentais do contraditório, isonomia, ampla defesa na construção da estrutura (espaço-tempo) do procedimento, pressupondo uma consciência participativa em que o povo total da sociedade política é a causalidade deliberativa ou justificativa das regras de criação, alteração e aplicação de direitos.

Por sua vez, a relatividade do direito processual pós-moderno se traduz pela recusa de um processo formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, e pela aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas, aspectos que merecem um exame mais minudente.

Decerto, como bem leciona Luigi Ferrajoli (2002, pp.39-43), o conceito de verdade apresenta uma especial acepção semântica, no âmbito do direito processual. Para ele, uma justiça integralmente atrelada com a verdade é utópica, mas

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 587 5/3/2007 12:35:22

uma justiça completamente sem verdade compreende uma arbitrariedade. Logo, toda atividade judicial é um uma combinação entre conhecimento (*veritas)* e decisão *(auctoritas)*.

Sustenta, pois, que a diferença entre experimento (de um fato presente) e provas (de um fato passado) fende profundamente o modelo ideal de verdade processual fática como correspondência objetiva. Pode-se afirmar, então, que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é resultante de uma ilação dos fatos comprovados do passado com os fatos probatórios do presente. Por sua vez, a verdade processual jurídica é opinativa, pois o conceito classificatório é sempre impreciso e insuficiente. Além disso, a verdade processual jurídica deve ser produzida na moldura do direito positivo, sem desrespeitar os preceitos da ordem jurídica. Não é a verdade, portanto, que condiciona a validade, mas a validade condiciona a verdade, como verdade normativa, que está convalidada por normas, por ser obtida na observância do sistema normativo

Partindo da idéia de que as condições para enunciar uma verdade processual dependem do modo com o qual está formado o sistema legal, Ferrajoli define a verdade processual como uma verdade aproximativa, semelhante à veracidade das teses científicas, em que a noção de não-refutabilidade sobrepuja a idéia de comprovação. Sendo assim, a verdade processual é uma verdade aproximada, a despeito do ideal moderno da perfeita correspondência com o mundo empírico, devendo ser entendida como a projeção da razoabilidade, em conformidade com a moldura do direito vigente e com os elementos probatórios trazidos pelos sujeitos processuais para a solução da lide.

De outro lado, a visão mecanicista e silogística de que, no âmbito do processo, o juiz se limita a atualizar a vontade concreta da lei. Isto porque a delimitação semântica da lei exige a prévia atribuição de sentido ao caso concreto, assim como a própria definição do caso concreto requer a consideração da lei. Sendo assim, a jurisdição, após delinear o caso concreto, deve conformar a lei, mormente quando a decisão é prolatada com base nos princípios constitucionais que enunciam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Seguindo ainda a lição de Luiz Marinoni (2005, pp. 60– 66), pode-se dizer que a interpretação do magistrado produz norma jurídica e que a singularidade da norma criada pelo juiz é a necessidade da sua fundamentação. A jurisdição se define pelo seu dever de concretizar os valores e fins da principiologia constitucional, devendo, pois, considerar as necessidades do direito material controvertido. O controle da subjetividade do julgador requer a necessidade de explicitação

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 588 5/3/2007 12:35:22

da correção da tutela jurisdicional, mediante o exercício de uma argumentação jurídica racional, que utilize recursos metodológicos mais compatíveis como o direito pós-moderno, a exemplo da ponderação/balanceamento dos direitos fundamentais e o princípio/postulado da proporcionalidade.

Como exemplos ilustrativos destes novos caracteres do direito processual, marcado pelos atributos da pluralidade, reflexividade, prospectividade, discursividade e relatividade, podem ser citadas tendências que apontam para a desformalização dos procedimentos, tais como a otimização dos princípios da efetividade, acesso a uma ordem jurídica justa, instrumentalidade, economicidade, cooperação e adaptabilidade do processo, bem como, no plano hermenêutico, a valorização da jurisprudência como fonte do direito e o reconhecimento de uma interpretação judicial construtiva, apoiada em novos recursos metodológicos para a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a exemplo da técnica de ponderação ou balanceamento de interesses e do princípio da proporcionalidade.

5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Etimologicamente, o vocábulo "proporcionalidade" contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado. A idéia de proporcionalidade reclama o apelo à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas.

A idéia de proporcionalidade revela-se não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também consubstancia um verdadeiro referencial argumentativo, ao exprimir um raciocínio aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade.

Para Willis Guerra Filho (2003, p. 245), o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em sua conformação moderna, encontram-se intrinsecamente ligadas à evolução dos

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 589 5/3/2007 12:35:22

direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificados a partir do surgimento do Estado de direito burguês na Europa. Desta forma, sua origem remonta os séculos XII e XVIII, quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando para ter o homem direitos imanentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Posteriormente, a idéia de proporcionalidade é utilizada na França como técnica voltada para o controle do poder de polícia da Administração Pública. A proporcionalidade só adquire, contudo, foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha, sendo, então, aplicado ao campo dos direitos fundamentais, vinculando, assim, a totalidade dos poderes públicos.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito porque, apesar de derivar da Constituição, nela não consta expressamente. É por esse motivo que o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade vem sofrendo inúmeras considerações quanto à ausência de enunciado normativo explícito. Constata-se que a maioria das Constituições de Estado Democráticos de Direito não contem referência expressa ao princípio, o que põe em evidência o problema da sua fundamentação normativo-constitucional.

Segundo Paulo Bonavides (2001, p.356), o princípio da proporcionalidade está naquela classe de princípios que são mais facilmente compreendidos do que definidos. Sucede que, embora não esteja expresso no texto constitucional, a sua presença é inequívoca na Carta Magna. Isto porque a circunstância do princípio da proporcionalidade decorrer implicitamente da Constituição não impede que seja reconhecida sua vigência, por força, inclusive, do quanto disposto no parágrafo 2º do art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

Inúmeros têm sido os caminhos para fundamentar ou justificar normativamente o princípio da proporcionalidade, ora utilizando-se do cânon da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), ora recorrendo-se à idéia de devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/88) ou mesmo da noção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88). Parece-nos, todavia, que todos esses *standards* são vetores axiológicos e teleológicos que permitem depreender o princípio constitucional da proporcionalidade, como proposta de harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais e síntese das exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 590 5/3/2007 12:35:22

6. AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Conforme o magistério de Humberto Ávila (2005, p.116-124), o princípio constitucional da proporcionalidade é aplicado somente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que o intérprete do direito possa proceder ao exame de três parâmetros fundamentais e complementares: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Esses três critérios de natureza axiológica e teleológica – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – definem o sentido de um processo constitucionalmente proporcional.

A adequação de um processo decisório exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização da finalidade normativa. Logo, administração, o legislador e o julgador têm o dever de escolher um meio processual que simplesmente promova o fim da ordem jurídica. O processo será adequado somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto; será adequado se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção; e será adequado se o intérprete avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da tomada da decisão.

A necessidade de um processo decisório envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificação se os diversos meios promovem igualmente o fim; e o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção dos direitos fundamentais torna-se, portanto, inafastável para a tomada de uma decisão.

A proporcionalidade em sentido estrito de um processo decisório é examinada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem depende do exame axiológico do decisor, em face das circunstâncias da lide e da apuração do binômio utilitário do custo-benefício.

Como sustenta Luís Barroso (2002, pp. 213-216), o princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 591 5/3/2007 12:35:22

valores e fins do sistema constitucional. Permite-se, assim, ao Poder Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos nas em que não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (*adequação*); a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade ou vedação do excesso*); e não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade stricto sensu*).

Como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do julgador, numa relação processual, iluminando a ponderação de princípios jurídicos eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis. Nos chamados *hard cases*, muito freqüentes na prática processual, a subsunção se afigura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas, que sinalizam soluções axiológicas e teleológicas muitas vezes diferenciadas.

Com efeito, durante muito tempo, sob a égide de uma visão positivista do Direito, a subsunção se afigurou como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos); e a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se esta espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de direito (*v.g.*, art. 40 da CF/88 – aposentadoria compulsória do servidor público que completa 70 anos ou art. 18 da CF/88 – Brasília é a capital federal), revela-se, no entanto, insuficiente para a lidar com o uso hermenêutico dos princípios jurídicos, como fundamentos para a decidibilidade de conflitos.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins não raro distintos, apontando para perspectivas contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumental metodológico para aplicação do direito justo: a ponderação.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 592 5/3/2007 12:35:23

A estrutura cognitiva da ponderação pode ser decomposta em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso concreto, identificando eventuais conflitos entre elas. Por sua vez, na segunda etapa, cabe examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso concreto e sua interação com os elementos normativos. Enfim, na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, pois, qual o conjunto normativo deve preponderar no caso concreto.

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção da saúde; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade, como *standard* juridicamente vinculante, informando a idéia de justiça ínsita a todo ordenamento, atua por meio de um mandado de otimização, no sentido de que os imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos no âmbito do processo decisório. A proporcionalidade representa, pois, uma garantia aos cidadãos, exigindo um contrabalançamento entre a tutela a determinados bens jurídicos com as restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para tanto, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objeto perseguido pela limitação, e o meio é a própria decisão (administrativa, legislativa ou judicial) que pretende tornar possível o alcance do fim almejado, no âmbito de uma relação processual.

Sendo assim o referido princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional, visto que os direitos fundamentais, como expressão da dignidade dos cidadãos, só podem ser limitados pelo Poder Público quando for imprescindível para a proteção dos interesses e valores mais relevantes para uma dada coletividade humana.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 593 5/3/2007 12:35:23

7. HIPÓTESES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Seguindo o magistério autorizado de Gisele Góes (2004, p.186-187), podem ser elencadas diversas hipóteses de aplicabilidade do princípio constitucional da proporcionalidade no processo civil brasileiro, como cânon axiológico e teleológico destinado a concretizar e harmonizar os diversos direitos fundamentais dos cidadãos. Eis as mais ilustrativas:

– O exame da extensão do dano e do grau de prejuízo efetivo para a imposição de multas aos litigantes, nas condenações por litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC);

– O julgamento das provas necessárias à instrução do processo, com o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, como expressões do poder do magistrado na investigação probatória (art. 130 do CPC);

– Apreciação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e do abuso do direito de defesa, ante a existência de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, para o exercício do direito à antecipação da tutela (art. 273 do CPC);

– A busca da efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, na determinação pelo juiz das medidas necessárias à eficácia das sentenças que envolvam obrigações de fazer e não fazer (art. 461, parágrafo quinto, do CPC);

– O exame do meio menos gravoso para o devedor, na execução levada a cabo pelo credor, assim como a vedação da penhora que fere o critério utilitário, quando evidente que o produto da execução dos bens será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 620 e 659, parágrafo segundo, do CPC);

– A verificação da plausibilidade do direito alegado e do estado de irreparabilidade ou de difícil reparação do direito, bem como do meio apropriado e do menor gravame, para a concessão de liminar nas ações cautelares (arts. 798 e 805 do CPC);

– A dispensa da pré-constituição das associações como legitimadas, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, no curso de uma ação civil pública (art. 5º, parágrafo quarto, da Lei n. 7347/85).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 594 5/3/2007 12:35:23

Em todas as situações acima descritas, o princípio constitucional da proporcionalidade figura como a estrela-guia das valorações do hermeneuta, oportunizando a tomada de uma decisão processualmente adequada, necessária e útil, de modo a potencializar a realização da justiça.

8. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A INDISSOCIABILIDADE DO BINÔMIO DIREITO MATERIAL/DIREITO PROCESSUAL

Se, tradicionalmente, a distinção entre direito material e direito processual tem residido na tradicional dicotomia forma *versus* conteúdo, o fenômeno da constitucionalização principiológica do processo, sob os influxos da idéia de proporcionalidade, passou a impor a necessária aceitação da indissociabilidade do direito material em face do direito processual.

Neste sentido, seguindo os ensinamentos de Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (1997, p. 40), pode-se dizer que o direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida, enquanto o direito processual se afigura como o complexo de normas que regem o exercício conjunto da jurisdição pelo Estado, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Parece-nos, contudo, não subsistir ontologicamente tal distinção, seja porque o vocábulo processo deve alcançar semanticamente os processos negocial, administrativo ou legislativo, seja porque a exteriorização de qualquer direito exige um procedimento adequado e legítimo , dissolvendo, assim, as supostas fronteiras entre direito substancial e direito processual.

Ademais, como refere Hans Kelsen (1995, p. 221), em todos os escalões do direito positivo, as normas são produzidas em conformidade com os parâmetros de validade material (conteúdo) e formal (competência e procedimento), estabelecidos pela normatividade jurídica superior, não sendo possível apartar o direito substancial do direito processual. Se o sistema moral se rege pelo simples postulado estático-material (fundamentação/derivação de conteúdo), o mesmo não pode ser dito em face do sistema jurídico, submetido que está não só ao mencionado postulado, mas também à exigência dinâmico-processual (fundamentação/derivação formal), através do qual o Direito regula sua própria produção.

Neste sentido, o sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico, porquanto uma norma não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 595 5/3/2007 12:35:23

deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma previamente determinada pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, o direito disciplina a criação de novas normas jurídicas. Entre a norma geral e a conduta individual há de mediar uma norma individual que procederá à aplicação da norma geral ao caso concreto e, pois, individual. Tanto o *quem* criará as normas gerais e o *como* fará, e o mesmo com relação às normas particulares.

Ademais, a construção de uma Teoria Geral do Processo, constitucionalmente adequada e despida do formalismo de sua matriz positivista, exige os fundamentos de uma Teoria Geral do Direito, o que permite vislumbrar o processo como um meio para a realização dos valores e fins da ordem jurídica, restando umbilicalmente ligados o direito material e o direito processual, abrindo margem para a concretização de princípios que reunificam o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico para realizar a justiça, tais como a proporcionalidade. Decerto, o principio constitucional da proporcionalidade exerce influência inegável no campo processual, de molde a tornar o processo um fenômeno confiável, efetivo, célere, parcimonioso e eqüitativo.

Por mais que o direito processual e o direito material sejam autônomos entre si, eles são, também, harmônicos, e possuem, necessariamente, o dever de andarem concomitantemente, visto que um não subsistiria sem o outro. O direito processual e o direito material são, assim, entes indissociáveis, ante a constatação de que o processo figura como um instrumento ético-político, orientado por princípios constitucionais como a proporcionalidade, que visa à materialização da justiça através da realização do direito material.

Conforme assinala Rui Portanova (2003, p. 114), a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão do resultado, devendo-se abandonar o aspecto negativo (tradicional) da instrumentalidade que concebe o processo como mero receptáculo do direito substancial, visto que, sob a orientação axiológica e teleológica, a instrumentalidade adquire uma dimensão positiva, voltada para a busca de resultados decisórios socialmente eficazes e legítimos.

Diante da imbricação do processo com a justiça, oportunizada pela idéia de proporcionalidade, depreende-se uma íntima aproximação entre o direito processual e o direito material, porquanto o meio para que o processo exteriorize soluções justas perante os conflitos de interesse consiste na realização proporcional do direito material em face do caso concreto.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 596 5/3/2007 12:35:23

Para Kazuo Watanabe (2000, p. 19-21), do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangentes mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

Neste sentido, o processo, iluminado pela noção de proporcionalidade, há de ser um instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa, de molde a extrair-se o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos. Para tanto, exige-se que o processo seja compreendido como uma fórmula institucional fluida e maleável, já que a inflexibilidade e a rigidez são próprias de um formalismo ultrapassado, incompatível com os reclamos de processo socialmente legítimo.

Não é outro o entendimento de José Bedaque (1995, pp. 14-18), para quem a noção mais importante do direito processual moderno é a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A conseqüência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual.

Sendo assim, o processo contemporâneo reclama, permanentemente, uma tutela adequada, necessária e proporcional à realidade de direito material, a fim de organizar o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios mais compatíveis com as singularidades das controvérsias jurídicas.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se afirmar que:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 597 5/3/2007 12:35:23

– A emergência do movimento pós-positivista permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um conjunto de regras legais, abrindo margem para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios gerais do direito como espécies normativas;

– Os princípios jurídicos apresentam morfologia e estrutura normativa diversas daquelas verificadas no exame das regras de direito, visto que as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, em termos definitivos, enquanto as normas principiológicas expressam uma opção valorativa, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a uma circunstância particular;

– Os princípios jurídicos procuram realizar as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica, oferecendo, nesta última hipótese, os parâmetros para uma interpretação/aplicação do direito que, ao superar o modelo subsuntivo, revela-se mais legítima e compatível com os fatos sociais;

– O advento do pós-positivismo jurídico passou a exigir o redimensionamento da finalidade do processo jurisdicional, a fim de configurar-se como instrumento ético-político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade civil, enunciados pela principiologia constitucional;

– A principiologia constitucional configura um novo paradigma para o direito processual contemporâneo, tornando-o mais plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, abrindo margem para a valorização do *standard* da proporcionalidade;

– O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito, na medida do jurídico e faticamente possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios passíveis de aplicação nas relações processuais: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito;

– A adequação do processo decisório exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização da finalidade normativa, pelo que administração, o legislador e o julgador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim;

– A necessidade do processo decisório envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificação se os diversos meios promovem igualmente o fim; e o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados;

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 598 5/3/2007 12:35:24

– A proporcionalidade do processo decisório em sentido estrito é verificada diante da comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, tendo em vista a busca do critério da utilidade;

– O princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para a atividade de sopesamento de valores, orientando, nas relações processuais, a ponderação de princípios jurídicos eventualmente conflitantes, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos;

– As hipóteses de aplicabilidade do princípio constitucional da proporcionalidade no processo civil brasileiro são as mais variadas, a exemplo dos referidos arts. 17, 18, 130, 273, 461, 620 e 659, 798 e 805 do CPC, além do art. 5º da Lei n. 7347/85;

– O princípio constitucional da proporcionalidade figura como a estrela-guia das valorações do julgador, oportunizando a tomada de uma decisão processualmente adequada, necessária e útil, de modo a potencializar a realização da justiça.

– O fenômeno da constitucionalização principiológica do processo, sob a influência da idéia de proporcionalidade, passou a impor, necessariamente, a aceitação da indissociabilidade do binômio direito material / direito processual.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy editora, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: CEPC, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 599 5/3/2007 12:35:24

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed., Coimbra, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

_____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil.* 6ª ed. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2006, v. 1.

ENTERRÍA. Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civital, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais – Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002.

GÓES. Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado,1997.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 600 5/3/2007 12:35:24

_____. "Sobre o princípio da proporcionalidade". In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. "A jurisdição no estado contemporâneo". *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: RT, 2005.

MOURULLO. Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Lógica jurídica*: *nova retórica*. Tradução: Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POPPER. Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALDÉS, Joanquín Arce y Flórez. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo Civil*. 2ª edição, Campinas: Bookseller, 2000.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 601 5/3/2007 12:35:24

Capítulo XXI
A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais: incidência do Princípio da Proporcionalidade

*Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos**

Sumário • 1. Introdução. 2. Princípios constitucionais. 2.1 Princípio da legalidade. 2.2 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 2.3 Princípio do devido processo legal. 2.4 Princípio da proporcionalidade. 3. Princípios processuais. 3.1 Princípio da economia processual. 3.2 Princípio da instrumentalidade das formas. 3.3 O princípio da fungibilidade dos recursos. 4. A fungibilidade em sua nova dimensão. 5. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal prevê expressamente o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), do qual se extrairia, a princípio, que os juízes devem decidir exclusivamente com base na letra da lei. Diz-se 'a princípio' porque, não raro, a obediência à lei estritamente considerada cede espaço a outros elementos (valores, cristalizados em princípios jurídicos) também garantidos constitucionalmente, como a efetividade da tutela jurisdicional e a economia processual. Assim é que, o princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), que garante, além do simples acesso à justiça, uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz, permite (e até mesmo impõe) que o julgador adote decisões baseadas não propriamente na lei, mas no sistema jurídico.

Além disso, por mais que se esforcem as instituições políticas para editar instrumentos legais que privilegiem o acesso à justiça, e por maior que seja o número de regras disponibilizadas aos jurisdicionados para fundamentar as pretensões levadas ao Judiciário, freqüentemente haverá lacunas na legislação, as quais deverão ser preenchidas pelo próprio sistema. Significa dizer que o 'espaço' entre o direito das pessoas ao acesso à justiça e a ausência de regras jurídicas aplicáveis ao caso (assim como as limitações das regras editadas, que comprometem sua aplicação) deverá ser preenchido pela adoção de outras normas: os princípios jurídicos.

---

* Doutora em Direito Processual Civil pela PUCSP. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Professora de Direito na PUCPR (graduação e pós-graduação), nos cursos de especialização da PUCSP e no curso de mestrado da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Advogada em Curitiba.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 603 5/3/2007 12:35:24

Os princípios não apenas permitem como verdadeiramente impõem que os juízes profiram decisões justas[1] e funcionais. É a eles que deve recorrer o julgador, diante do caso singular, para realizar o valor justiça e garantir, assim, uma adequada prestação jurisdicional. Nesse contexto, além de tornarem possível que se ultrapasse o legalismo estrito, os princípios funcionam como limites ao total subjetivismo do aplicador da norma.

Exemplo significativo da atuação dos juízes na busca da solução justa, nos termos aqui postos, é a aplicação do princípio da fungibilidade (um dos princípios fundamentais do processo civil), seja ou não no âmbito dos recursos. Mas, o que se procurará evidenciar, neste estudo, é que, como a mesma solução jurídica pode derivar de dois ou mais princípios diferentes, a fungibilidade pode incidir com fundamento em outros princípios, em especial o da proporcionalidade. Serão tecidas, então, breves considerações sobre alguns princípios (constitucionais e processuais) que com o da fungibilidade guardam estreita relação (legitimando-o e fazendo intuir a sua presença no sistema jurídico), cuja aplicação decorre, igualmente, da preocupação do juiz em proferir decisões verdadeiramente úteis aos jurisdicionados.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Depois de proclamada e reconhecida pela doutrina moderna, a normatividade dos princípios passa dos Códigos – onde os princípios gerais eram considerados fontes subsidiárias, destinadas a suprir lacunas – às Constituições, conferindo unidade ao sistema jurídico.

À Constituição, como se sabe, uma vez abandonadas as concepções de direito 'sobrenatural' (de origem divina) e de 'naturalidade' do direito, que predominaram na fase jusnaturalista, cabe fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, os valores fundamentais que integram esse ordenamento, e que foram inscritos no texto constitucional por serem indispensáveis para viabilizar a vida em sociedade.

Da Constituição espera-se, hoje, que assegure o bem estar individual e coletivo através do estabelecimento de princípios que conduzam a atividade estatal,

1. Deve-se delimitar o sentido em que se refere a decisões justas, neste trabalho. Não se pretende fazer qualquer indagação sobre a justiça dita absoluta, idéia dotada de um poder incomensurável, a respeito da qual as pessoas parecem ter uma compreensão instintiva. Convenciona-se chamar de decisões justas, então, aquelas proferidas com base numa norma jurídica corretamente aplicada. Em outras palavras, decisão justa, no sentido aqui adotado, é aquela proferida num processo justo, ou seja, desenvolvido em conformidade com os valores cristalizados nos princípios jurídicos. Assim consideradas, as decisões justas geram a regularidade formal, necessária para que o Direito assegure à sociedade, segurança e previsibilidade, elementos que se contrapõem à indesejável arbitrariedade subjetiva.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 604 5/3/2007 12:35:25

em benefício da sociedade. Para Willis Santiago Guerra Filho, mais do que simples regras jurídicas, os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição devem ser entendidos "como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis".[2]

Os princípios fundamentais apontam, assim, a direção que se deve seguir para solucionar os conflitos surgidos nas diferentes áreas do Direito, quando a respectiva disciplina jurídica não contém regras que os resolvam satisfatoriamente. Ainda que a aplicação das regras jurídicas, próprias de cada situação, exija menor esforço por parte dos julgadores (que simplesmente constatam a identidade do fato ocorrido com aquele por elas previsto), não raro a discussão reside mais em valores do que em fatos, fazendo-se necessária a aplicação dos princípios.

Importa salientar que o direito processual, em especial, é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal. Muitos institutos processuais são informados por princípios constitucionais ou seus corolários, concebendo-se, por isso, a existência de uma 'tutela constitucional do processo'. É importante enfatizar, também, que os princípios constitucionais são, muitos deles, correlatos. Exemplificativamente, o princípio da legalidade (segundo o qual a conduta do Estado deve estar amoldada à lei) tem como correlatos os princípios da inafastabilidade do controle da jurisdição e do devido processo legal. O primeiro, garantindo a verificação do cumprimento da legalidade por um órgão independente, o Poder Judiciário. O segundo, assegurando que o processo judicial tramite em conformidade com antecedente previsão legal.

Todavia, a despeito dessa inegável correlação, alguns aspectos dos princípios acima referidos são passíveis de colisão, podendo o julgador deparar com os seguintes conflitos: a) proferir decisão, no processo, com base na regra positivada, ainda que esta não ofereça solução satisfatória para o caso em exame, ou afastar-se da lei em sentido estrito, adotando solução justa e adequada, que privilegie o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) indeferir de plano o mecanismo processual de que a parte lançou mão – por não ser o previsto em lei para a situação – ou recebê-lo (determinando que se procedam às alterações necessárias) em nome da inafastabilidade do controle jurisdicional, privilegiando o acesso à justiça. Esses conflitos poderão – e deverão – ser solucionados com base em outro princípio, também presente no sistema jurídico: o da proporcionalidade.

2. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. [Coord. Willis Santiago Guerra Filho], p. 17.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 605 5/3/2007 12:35:25

E é precisamente porque as soluções nem sempre decorrem da aplicação de um único princípio, exclusivamente, que a seguir serão abordados – ainda que muito brevemente – não apenas o princípio da proporcionalidade, mas, também, aqueles que, em dado momento, poderão colidir (o da legalidade, o do devido processo legal e o da inafastabilidade do controle jurisdicional) e que guardam estreita relação com a problemática em estudo.

2.1 Princípio da legalidade

Quando se fala em democracia, em Estado de Direito, o primeiro dos princípios constitucionais a serem considerados é o da legalidade, segundo o qual "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II). Isso porque, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na democracia, a lei é expressão da vontade geral, e somente ela pode criar obrigação para o indivíduo.[3] Efetivamente, o princípio da legalidade tem como objetivo combater a arbitrariedade, e é sob essa ótica que André Ramos Tavares assevera: "o não contemplar o princípio da legalidade implica a inexistência de um real Estado Democrático".[4]

Costuma-se afirmar que a disposição contida no art. 5º, II, da Constituição Federal, é o coroamento do princípio da liberdade, pois sem normas destinadas a regular os direitos e deveres do indivíduo e do próprio Estado, a liberdade poderia transformar-se em fonte de abusos e arbitrariedade, comprometendo a segurança de todos. A lei, então, limita a ação das pessoas, naturais ou jurídicas, que são livres para fazer o que ela permite, ou deixar de fazer o que não obriga.

É oportuno observar que, no Estado de Direito, qualquer regra jurídica só poderá restringir direitos ou impor deveres aos indivíduos, desde que não extrapole os limites traçados pela Constituição. Se a lei não é elaborada segundo a Constituição, ou não tem apoio nos princípios constitucionais, deve ser declarada inconstitucional e, como tal, banida do ordenamento jurídico.

Pode-se dizer, ainda, que o princípio da legalidade traz em si o denominado monismo jurídico, a partir do qual a norma jurídica é produção exclusiva do Estado. E, inserido neste contexto, está o princípio da completude, segundo o qual as regras de direito regulam toda e qualquer situação que venha a ocorrer na sociedade. O direito positivado teria, assim, a pretensão de regular a vida

3. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
4. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 428.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 606 5/3/2007 12:35:25

social em sua totalidade, inclusive a atividade de produção legislativa. A completude, no aspecto da abrangência das normas jurídicas, significa que no Direito – enquanto sistema de normas organizado de forma coerente – não se admite antinomias. Em outras palavras, o direito positivo deveria ser capaz de regular qualquer situação da vida social, envolvendo completamente a realidade, sem deixar qualquer lacuna.

Não se pode negar a presença da completude no sistema jurídico brasileiro, apesar de lentamente estar sendo reconhecido o descompasso entre as regras jurídicas e a realidade social. Em decorrência desse princípio, ainda se admite como Direito apenas o direito estatal positivado, independentemente dos valores considerados na elaboração das normas, rejeitando-se o pluralismo de fontes em nome da certeza jurídica. Resulta da completude o entendimento segundo o qual ao juiz é vedado substituir o legislador, formulando a regra jurídica aplicável ao caso singular, mesmo que invocando a Justiça ou a eqüidade.

Porém, esse entendimento não pode ser aceito sem ressalvas. Enquanto a lei é dotada de generalidade, sua aplicação se dá em situações concretas, individualizadas. Daí a importância da figura do juiz, e de seu papel inevitavelmente 'criador', que se defronta constantemente com a contradição entre a generalidade e a singularidade, devendo solucioná-la com base no próprio sistema jurídico.

Com efeito, há que se reconhecer o descompasso entre o Direito positivado e a realidade social. Mas, ainda que adotado no sistema jurídico pátrio o modelo monista, muitos conflitos podem – e devem – ser satisfatoriamente solucionados a partir de mecanismos existentes no próprio ordenamento jurídico, amplamente considerado.

Significa dizer que, reveladas as falhas do sistema jurídico posto, e consideradas as leis (em sentido estrito) insuficientes para regular todas as situações da vida social, há que se admitir um 'temperamento' no princípio da completude, para se reconhecer a força normativa dos princípios.

É necessário, nesse contexto, que o intérprete, valendo-se da maior generalidade e abstração dos princípios jurídicos, supere a legalidade em sentido estrito e busque a solução justa para o caso concreto no próprio sistema.[5] Mas, a possibilidade de se ultrapassar o legalismo estrito não deve autorizar a completa

5. Nesse sentido, tratando dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação da própria Constituição: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 607 5/3/2007 12:35:25

subjetividade do juiz, que não poderá afastar-se do ordenamento jurídico para solucionar o caso singular em função de suas convicções pessoais. Na ausência de disciplina jurídica própria, que resolva satisfatoriamente os conflitos, o intérprete deve necessariamente buscar a direção apontada pelos princípios jurídicos, especialmente nos princípios fundamentais insculpidos na Constituição, os quais funcionam – na mesma proporção em que apontam a solução justa – como limites ao total subjetivismo do aplicador da norma.[6]

Como se vê, a concepção do princípio da legalidade como vinculação exclusiva ao texto da lei é inadequada e absolutamente superada. Não se quer dizer, com isso, que o direito positivo deixou de ser importante ou que a lei tenha deixado de ser soberana para evitar a arbitrariedade ou abusos do Poder. O que se pretende evidenciar é que o princípio da legalidade deve ser entendido como necessidade de vinculação ao 'sistema' jurídico, no qual estão incluídos, evidentemente, os princípios.

A respeito das diferentes concepções do princípio da legalidade – modificadas ao longo da história – merecem destaque as considerações de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem esse princípio, "inerente ao Estado de Direito", visa a gerar jurisprudência uniforme e, através da margem de previsibilidade dela decorrente, gera também segurança.[7]

Prossegue a autora explicando que a legalidade, hoje, consiste na vinculação à lei, cujo sentido deve abranger também a doutrina e a jurisprudência:

> "…a vinculação do juiz à lei é, na verdade, a vinculação do juiz ao entendimento que a doutrina e a jurisprudência têm a respeito da lei, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de 'engrenagem entre a lei e os fatos'.
>
> A lei, somada à jurisprudência e à doutrina, é que dá os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é entendida, e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir".[8]

Efetivamente, está ultrapassado o legalismo em sentido estrito. Porém, também não se pode admitir – porque igualmente inadequado – o total subjetivismo do aplicador da lei. Com razão, então, a autora acima citada, pois o princípio da legalidade deve ser entendido como aquele segundo o qual o juiz está vinculado

6. BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 150.
7. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2001, p. 295.
8. Ibidem, p. 296.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 608 5/3/2007 12:35:25

ao sistema, englobando a norma jurídica (princípios e regras), doutrina e jurisprudência.

2.2 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Esse princípio significa a garantia constitucional de acesso à justiça. A Constituição Federal, ao estabelecer os direitos fundamentais, dispõe, no art. 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito". Desse modo, além de vedar a criação de qualquer obstáculo aos jurisdicionados, na busca de seus direitos, 'abre as portas' do Judiciário a toda espécie de conflito.[9]

A expressão 'acesso à justiça', contudo, tem dois sentidos que, em verdade, se complementam: o primeiro, indica que estaria garantido simplesmente o acesso ao Poder Judiciário; o segundo, faz entender que esse acesso é a uma ordem de valores e direitos fundamentais, numa visão axiológica do termo justiça. Essa é a lição de Horácio Wanderley Rodrigues, ao tratar do acesso à justiça como o verdadeiro alcance de direitos essenciais ao ser humano.[10]

Com efeito, sabe-se que não é suficiente permitir à sociedade o acesso ao Judiciário, no sentido de tão somente colocar à sua disposição o exercício da função jurisdicional. Também é imprescindível que, em resposta às pretensões formuladas pelos jurisdicionados, sejam proferidas decisões tempestivas, efetivas e justas. Precisamente nesse contexto, Kazuo Watanabe assevera: "O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa".[11]

Evidentemente, o processo não tem o condão de, isoladamente, garantir o acesso à ordem jurídica justa. Todavia, ainda que a elaboração das leis seja função constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo, é certo que a realização da justiça se dá, concretamente, nos casos singulares. Assim, pode-se dizer que a realização da ordem jurídica justa é atribuição conjunta do legislador e do juiz.

Ao legislador cabe elaborar leis que acompanhem a velocidade das transformações sociais, razão pela qual, cada vez mais, têm sido editadas normas dotadas de conceitos vagos ou indeterminados, que deverão ser interpretados quando

9. Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 82.
10. RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 29.
11. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 135.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 609 5/3/2007 12:35:26

de sua aplicação, na situação concreta. Do juiz espera-se, então, que conduza o processo adaptando-o à realidade social, valendo-se de mecanismos que permitam a realização da 'justa' ordem jurídica.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional impõe, incontestavelmente, que a prestação jurisdicional seja verdadeiramente adequada. Para que isso seja possível, garante-se, por exemplo, que a cada situação levada à apreciação do Judiciário sejam oferecidos procedimentos, espécies de cognição, provimentos e meios executórios adequados, anteriormente previstos em lei.[12] Nessa ordem de idéias, Fredie Didier Júnior afirma que desse princípio pode ser extraída a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), do qual se retira o princípio da adequação do procedimento (que assegura um procedimento adequado às particularidades de cada direito), verdadeiro "subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional".[13]

Em verdade, todos esses princípios devem ser interpretados e aplicados de forma harmoniosa, pois, somados, conduzem a uma ordem jurídica justa.

2.3 Princípio do devido processo legal

No Brasil, somente a partir da Constituição de 1988 o princípio do devido processo legal passou a constar expressamente no texto constitucional: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, LIV). Todavia, mesmo antes da consagração expressa, entende-se que as Constituições brasileiras adotavam o princípio através do sistema de governo e do conjunto de garantias do cidadão. Essa é a lição de Luiz Rodrigues Wambier, para quem, na Constituição de 1946, o devido processo legal defluia da garantia (expressa) do controle jurisdicional, "por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que isso se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico".[14] O mesmo autor define o princípio como "o direito atribuído ao cidadão do Estado, de buscar abrigo para as questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido, numa esfera do poder estatal – o Judiciário – utilizando-se, para tanto, de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei".[15]

---

12. Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça. In: *RePro* 108/23-31, p. 28.
13. Ibidem, p. 28/30.
14. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. In: *RePro* 63, p. 59.
15. Ibidem, p. 54.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 610 5/3/2007 12:35:26

Em sua concepção substancial, o devido processo legal é projetado nos diversos campos do direito material. Garante, nesse sentido, a legalidade também na esfera do direito administrativo. Exemplificando, os limites ao exercício do poder de polícia podem ser considerados manifestação do devido processo legal substancial. É inegável que, mesmo diante da tripartição das funções do Poder, a Administração Pública deve agir em conformidade com a lei e dentro dos limites impostos por ela.

No sentido processual, o devido processo legal é visto como garantia no campo do processo. De conteúdo mais abrangente que o princípio da legalidade, o princípio assegura que o processo se desenvolva através de instrumental previamente previsto em lei, dele decorrendo todos os demais princípios relativos ao processo e ao procedimento, como o do contraditório, o da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição.

Conjugando-se os dois planos do princípio, pode-se dizer, em síntese, que o devido processo legal é a garantia de que as leis assegurem o acesso à ordem jurídica justa, e respeitem os limites impostos na Constituição, bem como sejam aplicadas de forma contextualizada, comprometida com todo o sistema jurídico. Dirige-se, assim, à observância tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário.

Atualmente voltado para o social, o devido processo legal não se destina somente a garantir ao cidadão um processo ordenado, mas, também, que permita alcançar seus objetivos jurídicos, sociais, políticos, éticos e econômicos (vinculando-se a uma visão integral do Direito). Com tal significado, o princípio em questão pode ser confundido com o próprio Estado de Direito.

2.4. Princípio da proporcionalidade

Derivado do Estado de Direito nascido após a conflagração de 1939-1945, o princípio vincula-se ao Direito Constitucional através dos direitos fundamentais, e sua função é protegê-los, entendendo-se o controle da proporcionalidade como expressão do próprio controle de constitucionalidade. Para Paulo Bonavides, a revolução constitucional que originou o novo Estado de Direito (que se tem denominado 'segundo' Estado de Direito) teve início quando as declarações de direitos passaram de "declarações político-filosóficas" a "atos de legislação vinculantes". E, segundo o mesmo autor, a aplicação do princípio da proporcionalidade constitui o fortalecimento desse Estado de Direito, representando sua nota mais distintiva.[16]

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 362.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 611 5/3/2007 12:35:26

O reconhecimento da proporcionalidade como princípio constitucional ocorreu primeiramente na Suíca (faltando-lhe, contudo, sistematização), mas sua importância e prestígio se devem à doutrina e jurisprudência alemãs, na segunda metade do Século XX. Na Alemanha, o princípio foi aplicado, de início, no Direito Administrativo (com alicerce no direito natural, ao final do Século XVIII), mas migrou para o Direito Constitucional, assumindo a salvaguarda dos direitos fundamentais. Teve larga aplicação após o advento da Lei Fundamental, depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente com a jurisprudência do Tribunal Constitucional da federação alemã.[17]

Talvez o mais controvertido aspecto do princípio em estudo seja o que se poderia chamar de 'ascendência' do juiz sobre o legislador, o que não chega, no entanto, a abalar a tripartição das funções do Poder. Mantém-se resguardada, ao contrário do que se poderia pensar, a autonomia do legislador, que continua a exercer livremente sua função, desde que o faça em conformidade com os princípios insculpidos na Constituição.

Na época em que se sobrepunha o princípio da legalidade (como vinculação exclusiva ao texto da lei) ao da proporcionalidade, o legislador era considerado verdadeiro soberano, acima de qualquer controle. No 'segundo' Estado de Direito, onde se reconhece a supremacia da Constituição sobre a lei, prepondera o princípio da proporcionalidade, aperfeiçoando-se os mecanismos jurisdicionais de controle dos atos do legislador.

Precisamente por integrar a essência do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade não precisa estar expresso no texto constitucional.[18] Mas, a falta de previsão expressa gera algumas dificuldades, até mesmo de ordem terminológica. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã, por exemplo, são utilizadas, além do termo proporcionalidade, expressões como "proibição de excesso", "necessidade", "necessariamente exigível" e "proporcionalidade em sentido estrito", as quais, em verdade, traduzem a composição do princípio.[19]

Ainda que esta seja uma de suas principais funções, o princípio da proporcionalidade não existe apenas para o controle da constitucionalidade, para

17. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, p. 26.
18. Apontando a controvérsia quanto à fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade, ANDRÉ RAMOS TAVARES observa que há quem questione seu caráter de princípio autônomo, preferindo entende-lo como derivado de outros princípios expressamente consagrados na Constituição Federal, como o da isonomia e do devido processo legal (Obra citada, p. 518).
19. Veja-se, sobre as expressões utilizadas na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, p. 26/27.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 612 5/3/2007 12:35:26

simplesmente salvaguardar os direitos fundamentais. Destina-se, também, a solucionar eventuais conflitos entre esses direitos, apontando qual deles deve prevalecer na hipótese de colisão, funcionando, aí, como importantíssimo instrumento de interpretação.

Como instrumento de interpretação, a proporcionalidade tem pautado a própria prestação jurisdicional do Estado, através da escolha da decisão que resolva satisfatoriamente os conflitos levados ao Judiciário. Costuma-se afirmar, sob essa ótica, que o princípio da proporcionalidade seria 'o princípio dos princípios', de conteúdo essencialmente 'metodológico'. Isto porque, para preservar os direitos fundamentais – solucionando eventual colisão entre eles – e assegurar a efetiva prestação jurisdicional, a 'regra' da proporcionalidade deve resolver, não raro, conflitos entre outros princípios.[20]

No Brasil, ainda que não figure como norma de direito escrito, o princípio da proporcionalidade pode ser encontrado de forma esparsa no texto constitucional, verificando-se sua presença, não raro, em outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o da isonomia (considerada a igualdade relativa, proporcional). Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade estaria positivado no ordenamento constitucional, fluindo do § 2º, do art. 5º, que abrange a parte não expressa dos direitos e garantias decorrentes da natureza do regime, da essência do Estado de Direito e dos princípios por ele consagrados.[21] Mas, parte da doutrina nega a positivação da proporcionalidade, considerando-a, não obstante, como princípio geral do direito.

Enfatize-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação deve traduzir-se num 'princípio de interpretação conforme

---

20. Exemplos freqüentes de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais são: a difícil harmonia entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística; a dificuldade de compatibilizar a proibição de censura com o direito à qualidade da educação; e, no âmbito do processo, a necessidade de o juiz ponderar, na hipótese de concessão de liminar, entre privilegiar o direito de uma das partes ao contraditório (cuja instauração poderá ser postergada, concedendo-se a medida *inaudita altera parte*) ou o direito da outra à efetividade da respectiva decisão (que poderá ficar comprometida, se previamente ouvida a parte contrária).

21. PAULO BONAVIDES afirma, ainda, que o princípio está inserido nos seguintes dispositivos de nossa Constituição: "Incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; par. 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; par. 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 40 sobre a aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e par. 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; par. 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos" (Obra citada, p. 395/396).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 613 5/3/2007 12:35:26

a Constituição', segundo o qual o julgador deve tentar preservar a validade do conteúdo da regra jurídica, pretendido pelo legislador, aplicando-a de acordo com a Constituição, compatibilizando, assim, a norma com a Lei Maior.[22] Além disso, não pode o juiz perder de vista que os direitos fundamentais autorizam os órgãos do Poder Judiciário a não aplicar as normas infraconstitucionais sempre que haja conflito entre a legalidade (em sentido estrito) e a constitucionalidade. Esses direitos constituem, assim, parâmetro para a aplicação e interpretação das leis e, num eventual conflito entre lei e princípio constitucional, são essenciais a fiscalização do Poder Judiciário e a conseqüente aplicação do princípio da proporcionalidade.

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Há duas grandes categorias de princípios aplicáveis ao direito processual. A primeira delas contém os 'princípios informativos', assim designados porque informam todo o processo civil, inclusive as regras de índole constitucional. Seriam, em verdade, normas ideais que orientam, na busca de melhorias, a atuação do aparelho processual.

A segunda categoria contém 'princípios fundamentais', também denominados 'princípios gerais do direito', que se referem a determinado sistema jurídico (ou mesmo a um subsistema), de forma contextualizada. Esses princípios podem ter assento também no texto da Constituição Federal (em razão de sua relevância), mas levam em conta as características e peculiaridades do ordenamento jurídico a que pertencem.

Embora não possam ser confundidas tais categorias, os princípios fundamentais são influenciados, ainda que indiretamente, pelos princípios informativos. Enquanto estes têm conteúdo predominantemente ético, situando-se no campo da deontologia, aqueles se projetam e se manifestam no direito positivo, até mesmo guiando o legislador na elaboração das normas jurídicas processuais.

A categoria dos princípios fundamentais é a que permite a existência de princípios que se contraponham. Já os princípios informativos, segundo Arruda Alvim, são pouco influenciados pela realidade social, e não admitem princípios antagônicos.[23]

---

22. BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 388.
23. ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, v. 1, 1990 p. 81.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 614 5/3/2007 12:35:27

A origem dos princípios informativos do processo civil atribui-se a P. S. Mancini[24], que se referiu a quatro princípios: Lógico (diz respeito à estruturação dos atos processuais, que deve guardar coerência cronológica), Econômico (diz respeito à necessidade de racionalização do processo: o melhor resultado deve ser obtido com o mínimo de esforço, de tempo e de dinheiro), Político (evidencia a própria instrumentalidade do processo, colocando-o como "elo de ligação entre a população e a satisfação de seus direitos"[25]) e Jurídico (significa que todos os indivíduos são equiparados ao submeterem-se a uma determinada ordem jurídica, estando todos sujeitos à aquisição e fruição de direitos, bem como ao cumprimento de deveres).

No tocante aos princípios fundamentais do processo civil, não há unanimidade na doutrina acerca de sua classificação. Segundo Antonio Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, os princípios fundamentais são: o da imparcialidade do juiz, o da igualdade, o do contraditório e da ampla defesa, o da ação, os da disponibilidade e da indisponibilidade, o dispositivo, o da livre investigação das provas, o do impulso oficial, o da oralidade, o da persuasão racional do juiz, o da motivação das decisões judiciais, o da publicidade, o da lealdade processual, o da economia, o da instrumentalidade das formas e o do duplo grau de jurisdição. Arruda Alvim considera como os principais princípios dessa categoria, acolhidos no direito brasileiro, o da bilateralidade da audiência (princípio do contraditório), o dispositivo, o da oralidade e o da publicidade dos atos processuais.

Humberto Theodoro Júnior[26], por sua vez, entende que os princípios fundamentais que inspiram o legislador são de duas ordens: os relativos ao processo e os relativos ao procedimento. Entre os primeiros, aponta o do devido processo legal, o inquisitivo e o dispositivo, o do contraditório, o do duplo grau de jurisdição, o da boa fé e da lealdade processual e o da verdade real. Os relativos ao procedimento, segundo o autor, são: o da oralidade, o da publicidade, o da economia processual e o da eventualidade ou da preclusão.

Independentemente da classificação que se adote, interessa enfatizar que os princípios jurídicos são normas que podem ou não estar positivadas. Sendo assim, ainda que não estejam expressamente referidos em dispositivos legais ou

24. MANCINI, P. S.; PISANELI, G.; SCIALOIA, A. *Comentario del Codice Di Procedura Civile*. Torino: Amministrazione della Società Editrice, 1855, v. 2, p. 10.
25. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31.
26. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. In: *RePro* 23/173, p. 178.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 615 5/3/2007 12:35:27

constitucionais, há princípios cuja existência deve ser indiretamente inferida. É esse o caso do princípio da fungibilidade.

Embora não esteja positivada no estatuto processual em vigor, a idéia da fungibilidade subsiste no sistema jurídico pátrio como princípio fundamental do processo civil, que pode ser inferido de outros princípios expressamente previstos, como o da economia processual e o da instrumentalidade das formas (também designado princípio da finalidade). Por essa razão, a seguir serão dedicados tópicos especiais a esses dois princípios, os quais, além de sua importância como princípios autônomos, de certo modo evidenciam a subsistência, no sistema, do princípio da fungibilidade.

3.1. Princípio da economia processual

Viu-se que o princípio econômico informa todo o direito processual, impondo que se deve equilibrar, no processo, o binômio custo-benefício. O princípio de que ora se trata, portanto, nada mais é do que a materialização desse princípio em diversos institutos processuais. Traduzem a necessidade de se garantir a economia processual, por exemplo, a reconvenção, a ação declaratória incidental, o litisconsórcio e a reunião de processos em caso de conexão ou contingência.

Também é corolário do princípio da economia processual, o princípio da instrumentalidade das formas, cuja aplicação se faz presente, em especial, na disciplina das nulidades processuais, preservando-se os atos que tiverem alcançado sua finalidade e não tiverem causado prejuízo. Esse princípio será abordado na seqüência. Antes, contudo, é oportuno observar que a aplicação do princípio da economia processual deve ser cuidadosamente dosada, não permitindo que comprometa a adequação da tutela jurisdicional.

É com tal preocupação que se deve garantir a possibilidade de revisão dos pronunciamentos judiciais, em grau de recurso, independentemente do valor e da natureza da causa.[27]

Também não se deve privilegiar a economia processual em detrimento do direito ao devido processo legal e à garantia do contraditório, sempre que isso venha a causar desequilíbrio entre os litigantes e cerceamento de defesa.[28]

---

27. Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 68.
28. Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais... Obra citada, p. 187.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 616 5/3/2007 12:35:27

3.2. Princípio da instrumentalidade das formas

Segundo esse princípio, as formas, no processo, existem tão somente para garantir o cumprimento de finalidades, não constituindo valores em si mesmas. Significa, em outras palavras, que as formas existem em razão de uma finalidade, e a lei que as prevê deve ser interpretada e aplicada em função desse fim.

E é em razão do conteúdo desse princípio que parte da doutrina o denomina, também, de princípio da finalidade. Todavia, há quem prefira considerar a existência de dois princípios autônomos, referidos em diferentes dispositivos de lei: o da instrumentalidade das formas e o da finalidade. O primeiro estaria expressamente previsto no art. 250 do Código de Processo Civil, que estabelece: "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, o quanto possível, as prescrições legais". O segundo, decorreria da regra do art. 244 do mesmo Código, que enuncia: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

Parece não haver qualquer impropriedade, contudo, em considerar a instrumentalidade das formas e a finalidade como denominações de um único princípio, consagrado no estatuto processual, em ambas as regras transcritas. Afinal, ao estabelecer-se que deve ser considerado válido o ato processual praticado de modo diferente do legalmente estabelecido, mas que tenha atingido a finalidade a que se destina, está-se, evidentemente, atribuindo às formas dos atos processuais – ainda que importantíssimas para a segurança do devido processo legal e para a regularidade dos procedimentos – um caráter instrumental.

A instrumentalidade das formas guarda estreita relação, também, com o princípio do não-prejuízo, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, ou, nos termos do art. 249, § 1º, do estatuto processual, "o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte". Todos esses princípios – instrumentalidade das formas, finalidade, e não-prejuízo – evidenciam, em verdade, a instrumentalidade do próprio processo, ou seja, contribuem para que, na prática, o processo efetivamente sirva ao direito material.

3.3. O princípio da fungibilidade dos recursos

Os princípios de um sistema jurídico podem ser identificados pela "problematização concreta". E, que o princípio da fungibilidade é um exemplo significativo da precisão desse método de identificação, pois surgiu em nosso sistema

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 617 5/3/2007 12:35:27

processual a partir do entendimento reiterado de que, sob determinadas condições, haveria de se admitir um recurso em lugar de outro. Efetivamente, fungibilidade significa troca, substituição.

Embora não haja dispositivo legal afirmando taxativamente a fungibilidade, o ordenamento jurídico contém normas que deixam à mostra o conteúdo do princípio e evidenciam que, embora a lei nem sempre seja expressa a respeito, o sistema jurídico pátrio o adotou. São normas que, privilegiando a instrumentalidade, estão voltadas menos às formas e mais à efetividade do processo, determinando o aproveitamento dos atos processuais, tanto quanto possível, obedecidos determinados pressupostos ou requisitos.

O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação dos princípios da singularidade e da correspondência, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 810, previa expressamente a aplicação da fungibilidade no âmbito dos recursos, dispondo: "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento". Essa previsão era plenamente justificável, pois, na vigência daquele estatuto processual, o sistema recursal não era claro. Além da dúvida quanto ao recurso cabível diante de tantos previstos, havia dificuldade em se identificar o teor da decisão a ser impugnada.

Segundo a maioria dos doutrinadores que tratam desse tema, a despeito de não estar expressamente previsto no Código em vigor, como estava no de 1939, o princípio da fungibilidade traduz-se numa manifestação peculiar do princípio da finalidade (CPC, art. 244) ou da instrumentalidade das formas (CPC, art. 250), já abordados neste trabalho.[29] Reconhece-se assim que, mesmo sendo importante a observância das formas para garantir-se a regularidade procedimental, o aspecto formal deve ceder ao sentido teleológico, desde que não tenha advindo, do erro de forma, nenhum prejuízo às partes.

É interessante mencionar, neste ponto, que Teresa Arruda Alvim Wambier, mesmo afirmando ser o princípio da fungibilidade uma 'versão' do princípio da

29. Veja-se, nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 148; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 117/118.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 618 5/3/2007 12:35:27

instrumentalidade das formas, relativa especificamente aos recursos, apresenta uma objeção a esta fundamentação. Segundo a autora citada, a regra do art. 250 trata de 'erro de forma', e estabelece que o ato 'pode' ser aproveitado, a despeito desse erro. O problema da aplicação da fungibilidade, por sua vez, reside precisamente em saber se 'é' ou não erro de forma interpor um recurso por outro; se 'deve' ou não ser aproveitado o recurso interposto. Essa observação é absolutamente apropriada, pois, para que se aplique a fungibilidade – como adiante se verá – é preciso supor que exista dúvida objetiva, ou seja, que 'não haja erro'.[30]

Cumpre registrar que, se não há, no Código atualmente em vigor, norma expressa autorizando a fungibilidade recursal, foi porque o legislador de 1973 acreditou que, diante da nova sistemática – mais clara e minuciosa – dificilmente haveria equívocos. Da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, depreende-se que a regra sobre a fungibilidade pareceu inútil diante da improbabilidade de haver dúvida quanto ao cabimento do recurso adequado.

De todo modo, deve-se ter presente que os princípios são normas jurídicas de caráter geral, que não precisam estar positivadas. Não é exigida a previsão legal expressa para que os princípios tenham validade e eficácia; eles decorrem do próprio sistema jurídico.[31] Ainda assim, a clareza do novo sistema recursal e a ausência de regra expressa prevendo a fungibilidade levaram os Tribunais a se posicionarem, nos primeiros anos da vigência do Código de 1973, no sentido de não aplicar o princípio. Com o passar do tempo, a constatação de que, muitas vezes, a própria legislação gera dúvida a respeito da adequação do recurso ao pronunciamento judicial que se quer impugnar, fez com que a idéia da fungibilidade mantivesse sua importância, ainda que não prevista expressamente.

Atualmente admite-se, então, a incidência do princípio, desde que verificado o pressuposto da dúvida objetiva, a qual tem sido entendida como aquela derivada de impropriedades terminológicas presentes no próprio Código e, principalmente, de divergências existentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível.[32] Sustenta-se, também, que gera dúvida objetiva a circunstância de o juiz proferir um pronunciamento ao invés de outro.[33]

---

30. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos...* Obra citada, p. 118/119.
31. Esse é o entendimento de NELSON NERY JÚNIOR, que enfatiza: "a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC" (Obra citada, p. 109).
32. Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos...* Obra citada, p. 128.
33. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais...* Obra citada, p. 116.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 619 5/3/2007 12:35:28

Há quem entenda que deve ser observada, para autorizar a incidência do princípio da fungibilidade, a interposição do 'recurso impróprio' no prazo do recurso 'adequado'.[34] Esse entendimento, em verdade, significa negar a aplicação da fungibilidade recursal. A posição doutrinária pela irrelevância do prazo para a aplicação do princípio está de acordo com a sua principal conseqüência, pois, se é trocado o recurso, compreensível que se troque também o prazo para sua interposição.[35]

Saliente-se que alguns doutrinadores, mesmo filiados à corrente que considera irrelevante o prazo da interposição do recurso, entendem que deve ser observada, para que se admita a aplicação do princípio (no sistema atual), a ausência de erro grosseiro e de má-fé. Todavia, o que se deve ter presente, hoje, é que o critério para que o órgão judicante admita um recurso por outro, em nome do princípio da fungibilidade, deve ser – pura e simplesmente – o reconhecimento de que existe posição antagônica (em quantidade considerável), capaz de gerar dúvida objetiva na parte recorrente.[36]

Registre-se, ainda, que o entendimento a respeito de determinada situação gerar ou não dúvida objetiva – autorizando, assim, a incidência do princípio – não é imutável. A divergência doutrinária e/ou jurisprudencial acerca da natureza de determinado pronunciamento judicial, e do cabimento deste ou daquele recurso para impugná-lo, poderá diminuir – e até mesmo deixar de existir – a ponto de não mais justificar que se receba um recurso por outro, em nome da fungibilidade. Mesmo fora do âmbito recursal, em razão do 'amadurecimento' acerca do sentido e do alcance de alguns institutos ou mecanismos processuais, poderá deixar de haver dúvida objetiva, passando a ser injustificável a incidência do princípio.

Do mesmo modo, há que se reconhecer que alterações legislativas continuam a ocorrer, e não raro demandam um certo tempo para que os novos institutos, ou a nova disciplina acerca dos já existentes, sejam completamente absorvidos pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso, sabe-se que poderão surgir novas circunstâncias geradoras de dúvida objetiva, e que a incidência do princípio da fungibilidade, nessas situações, poderá constituir a melhor solução no sentido de garantir aos jurisdicionados uma efetiva prestação jurisdicional.

---

34. Nesse sentido: SANSEVERINO, Milton. Fungibilidade dos recursos. In: *RePro* 25/181, p. 182/183.
35. Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*... Obra citada, p. 140 a 144; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos*... Obra citada, p. 124/126.
36. Nesse sentido: ALVIM, Arruda. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 48, p. 22.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 620 5/3/2007 12:35:28

4. A FUNGIBILIDADE EM SUA NOVA DIMENSÃO

Precisamente em razão da necessidade de se privilegiarem os valores fundamentais e a efetividade da tutela jurisdicional, tem sido defendida a aplicação da fungibilidade em relação a outros mecanismos processuais.

Essa nova dimensão do princípio, que Teresa Arruda Alvim Wambier denomina "fungibilidade de meios"[37], certamente tem orientado os aplicadores da lei – e o próprio legislador, nas sucessivas reformas ao Código de Processo Civil – no sentido de buscar soluções que garantam uma prestação jurisdicional efetiva e verdadeiramente útil à parte.

É oportuno salientar, neste ponto, que admitir a fungibilidade entre outros mecanismos processuais, que não os recursos, não é o mesmo que buscar soluções alternativas que estejam à margem do ordenamento jurídico. As soluções não são encontradas pela interpretação literal da lei, mas devem sempre estar contidas no sistema. Trata-se, como enfatiza a autora citada, de manejar de forma criativa a lei, a doutrina e a jurisprudência.[38]

Faz-se necessária a busca de respostas às questões processuais, a partir de posições mais flexíveis, sobretudo diante de sucessivas reformas da legislação processual, num espaço de tempo relativamente curto, onde ainda não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência, em diversos aspectos, apontassem um único caminho para se chegar à melhor resposta.

O que não se pode perder de vista, contudo, é que as respostas encontradas devem privilegiar, acima de tudo, os valores fundamentais, na exata extensão que se deve dar ao princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, a fim de que o sistema processual possa verdadeiramente garantir uma tutela jurisdicional efetiva.

O princípio da fungibilidade apresenta, sob essa ótica, dimensão suficientemente ampla, a ponto de abranger a possibilidade de se receber uma ação por um recurso e vice versa, e, até mesmo, uma ação por outra, ainda que de natureza jurídica diversa. Não seria exagero dizer que se trata, tal dimensão do princípio, de um verdadeiro desafio, tanto ao aplicador da lei quanto ao jurista. Esse desafio, Luiz Rodrigues Wambier (ainda que não propriamente sobre o tema

37. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de "meios": uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Série 4 [Coords. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier], p.1090/1144.

38. Ibidem, p. 1090.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 621 5/3/2007 12:35:28

da fungibilidade) traduz da seguinte maneira: o jurista que desdenha a prática deve reconhecer no plano empírico o seu verdadeiro material de trabalho; e, o aplicador da lei que faz pouco da teoria, deve buscar na ciência do Direito – e em nenhum outro lugar – as respostas às situações que se apresentam, aparentemente, insolúveis.[39]

5. CONCLUSÃO

O entendimento reiterado de que, sob determinadas condições, haveria de se admitir um recurso em lugar de outro (este sim, considerado adequado pelo julgador), fez da fungibilidade um princípio jurídico. No entanto, na medida em que a instrumentalidade do processo foi sendo privilegiada pelos processualistas contemporâneos, a fungibilidade foi assumindo nova dimensão, fora do sistema recursal, autorizando o recebimento de um mecanismo processual em lugar de outro, cuja utilização tenha resultado da dúvida objetiva da parte.

Certamente poderá o juiz, em nome do princípio da fungibilidade, receber um mecanismo processual (seja ou não um recurso) em nome de outro, para que não se negue à parte uma efetiva prestação jurisdicional. Essa mesma solução – ou seja, a aplicação da fungibilidade – poderá, contudo, ser adotada sob outra denominação. Poderá o juiz, ao realizar a necessária ponderação entre os princípios da legalidade e/ou do devido processo legal e o princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, para decidir, ante às especificidades do caso singular, qual deles deverá prevalecer, aplicar a fungibilidade com fundamento em outro princípio: o da proporcionalidade.

Qualquer que seja a posição que se adote quanto à positivação (ou não), a fundamentação constitucional (ou não), do princípio da proporcionalidade, o que se deve destacar é a importância do papel do juiz, no sentido de ponderar, ante às peculiaridades de cada caso, um modo de harmonizar a exigência de vinculação ao texto da lei e de se observar o mecanismo processual nela previsto, com o princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, bem como de afastar, na situação concreta, a oposição entre o princípio segundo o qual o processo é forma e o da finalidade (ou da instrumentalidade das formas).

Por certo, o julgador que deparar com a interposição de um mecanismo processual que, em sua concepção, é inadequado (não raro por ser outro o meio legalmente previsto), constatando, no entanto, que o 'equívoco' da parte seria

39. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Liminares: alguns aspectos... Obra citada, p. 183.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 622 5/3/2007 12:35:28

escusável, e que o simples indeferimento do pedido formulado configuraria alguma forma de empecilho ao acesso à justiça, terá, como um dos caminhos para solucionar esta verdadeira 'colisão' de valores fundamentais, a aplicação fungibilidade, a partir da 'ponderação' entre os valores em jogo, ou seja, da aplicação da proporcionalidade.

Em termos mais específicos, para aqueles que resistem – injustificadamente – à aplicação do princípio da fungibilidade (talvez por não estar expressamente prevista no estatuto processual), especialmente em situações que não se inserem no âmbito recursal, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade (que legitimará, do mesmo modo, a fungibilidade), sempre que se verificar a existência de dúvida objetiva quanto à utilização deste ou daquele mecanismo processual para a obtenção de determinado fim, permitindo-se, desse modo, o acesso a uma prestação jurisdicional verdadeiramente eficaz.

Não há dúvida de que a aplicação dos princípios fundamentais, de forma harmônica e contextualizada, contribui ainda mais para que o processo seja, efetivamente, um instrumento de realização da justiça.

Cumpre esclarecer, por fim, que, quando se disse que em determinadas situações poderá o juiz privilegiar o princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, em detrimento da observância ao devido processo legal, pretendeu-se deixar claro que essa solução só será admitida se estiver em jogo o devido processo como exigência de adequação do procedimento às particularidades de cada direito (observância aos mecanismos processuais previstos em lei para 'aquela' situação), e nunca como garantia de inviolabilidade da defesa em juízo e de um processo justo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 623 5/3/2007 12:35:28

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 624 5/3/2007 12:35:28

Capítulo XXII
A Nova Competência da Justiça do Trabalho (Uma Contribuição para a Compreensão dos Limites do novo Art. 114 da Constituição Federal de 1988)

Rodolfo Pamplona Filho[*]

Sumário • 1. Considerações iniciais. 2. A Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho no contexto da Reforma do Judiciário. 3. A Competência Material Tradicional da Justiça do Trabalho. 3.1. Competência material natural, originária ou específica. 3.2. Competência material legal ou decorrente. 3.3. Competência material executória. 4. A Nova Competência Material da Justiça do Trabalho. 4.1. Ações oriundas da relação de trabalho. 4.2. Ações que envolvam exercício do direito de greve. 4.3. Ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores. 4.4. Mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. 4.5. Conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista. 4.6. Ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. 4.7. Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. 4.8. Execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. 4.9. Ações decorrentes da relação de trabalho (reespecificando a regra de competência material legal ou decorrente). 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito se tem debatido e escrito sobre a Emenda 45/2004, a chamada "Reforma do Judiciário".

Um dos temas, porém, que mais tem gerado controvérsia, sem sombra de qualquer dúvida, se refere à nova regra constitucional de competência da Justiça do Trabalho, na medida em que se digladiam correntes ampliativas e restritivas, na sempre salutar busca pela interpretação que melhor atenda à finalidade da modificação e aos interesses da população.

Assim, partindo sempre da premissa de que a diversidade de posicionamentos é fruto das melhores intenções de garantir estabilidade e segurança às relações

---

*. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (Bahia). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Civil da Universidade Salvador – UNIFACS. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor-adjunto da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 625 5/3/2007 12:35:29

jurídicas, ousamos apresentar a nossa contribuição pessoal para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal.

Para isso, todavia, parece-nos indispensável tecer algumas considerações sobre a ampliação da competência da Justiça do Trabalho no contexto da Reforma do Judiciário, bem como relembrar as regras básicas anteriores de sua competência material, pois acreditamos que não é possível se interpretar isoladamente o novel dispositivo, desprezando todo um arcabouço histórico interpretativo.

2. A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO CONTEXTO DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 é, na nossa opinião, uma reforma com perfil conservador.

De fato, sem nos aprofundar em cada um dos novos institutos, podemos destacar, como medidas que depõem em favor da conservação das estruturas:

a) Súmula Vinculante (art. 103-A);

b) Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B);

c) Interstício para Ingresso na Magistratura (art. 93, I);

d) "Quarentena" para reingresso na Advocacia (art. 95, V)

Até mesmo aquilo que poderia soar como um grande avanço, que é a previsão do § 3º do art. 5º ("*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*"), inserido justamente na Reforma do Judiciário, somente pode ser considerado inovador por força da jurisprudência conservadora do Supremo Tribunal Federal[1], uma vez que, para os internacionalistas em geral, a mencionada previsão formalizaria, ainda mais, o processo de adesão do Brasil

1. "A Convenção 126 da OIT reforça a argüição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação." (ADI 1.675-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/09/03)
"Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 626 5/3/2007 12:35:29

aos tratados internacionais de direitos humanos, pois estes já se incorporariam automaticamente ao nosso Direito positivo com sua ratificação, por força do § 1º do mesmo dispositivo ("As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata")[2].

Nesse contexto, é de se destacar que, na contra-mão da ideologia da reforma, a Justiça do Trabalho, que sempre foi muito mal vista pelos setores mais

---

a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado." (HC 72.131, voto do Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03) "Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02) "Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. (...) Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. (...) Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. (...) Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. (...) Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal." (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01) "(...) no tocante à alegação de ofensa ao artigo 5º, § 2º, da Constituição, ela não ocorre, porquanto esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, o que não é matéria objeto da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia no tocante à limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional." (RE 214.349, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11/06/99)

2. "Considerando a natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Já na segunda hipótese, estes tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno" (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.20).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 627 5/3/2007 12:35:29

conservadores da sociedade (a ponto de, há bem pouco tempo, ter sido cogitada, sem êxito, a sua extinção...) ter sido fortalecida, com a possibilidade de uma atuação muito maior do que outrora[3].

E como era essa atuação?

É o que pretendemos lembrar no próximo tópico!

3. A COMPETÊNCIA MATERIAL TRADICIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Dispunha o caput do art. 114 original da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas."

A análise cuidadosa desse dispositivo nos levou a concluir[4] que, em verdade, o texto constitucional encerrava uma "regra trina".

De fato, a norma básica de competência material da Justiça do Trabalho se desdobrava em três regras constitucionais de competência material, assim sistematizadas:

a) Competência material natural, originária ou específica;

b) Competência material legal ou decorrente;

c) Competência material executória.

Compreendamos, ainda que rapidamente. tais regras.

---

3. Sobre o tema, consulte-se o preciso trabalho de um dos mais importantes líderes da magistratura trabalhista nacional neste processo de reforma, Grijalbo Fernandes Coutinho, "*Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: Mudança que contraria o perfil conservador da Reforma do Judiciário*" (in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p92/115).
4. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. "*Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988*" *in* "*Revista Ciência Jurídica do Trabalho*", ano I, número 04, abril/1998, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, Belo Horizonte/MG, págs. 09/17.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 628 5/3/2007 12:35:29

3.1. Competência material natural, originária ou específica

A competência material natural, também conhecida como originário ou específica, nada mais era do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Ante a inviabilidade de falar-se em empregador como um dos pólos de uma relação jurídica sem que no outro pólo o sujeito que se apresenta seja o empregado, interpretava-se por 'trabalhador' a figura do *empregado*.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, era a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos, a esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Ou seja, o que importava era a qualificação jurídica de "empregado" e "empregador" para se delimitar a competência. Nessa linha, havia até mesmo quem defendesse que a regra de competência da Justiça do Trabalho fosse mais de natureza pessoal do que material.

Assim, não haveria necessidade de nenhuma outra autorização legal para que ao Judiciário Trabalhista viesse a ser confiada a solução de uma lide entre esses dois sujeitos, pois a previsão constitucional bastava por si mesma.

Registre-se, inclusive, que pouco importava o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Bastava estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

3.2. Competência material legal ou decorrente

Já a regra de competência legal ou decorrente era entendida da seguinte forma: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só seria competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontrava fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 629 5/3/2007 12:35:29

do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o fazia, também, *na forma da lei*, *para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visava o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de "trabalhadores" e/ou "empregadores".

Assim, quando o art. 114 da C.F./88 se referia à competência para julgar "*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*", não estava se referindo a controvérsias não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurassem, em um ou nos dois pólos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas (afinal, os conflitos entre eles eram de sua competência material natural), embora a controvérsia fosse decorrente de uma relação de trabalho.

Observe-se, porém, que não estávamos a afirmar, naquele momento histórico, que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho poderia ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional original é que era possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, **desde que houvesse lei específica que preveja tal hipótese**.

Era o caso, por exemplo, dos "dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice" (art. 652, III, CLT) ou das "ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO decorrentes da relação de trabalho" (art. 652, V, CLT). Em ambas as situações, não há vínculo empregatício, mas, sim, relações de trabalho que eram submetidas, por norma infraconstitucional, à Justiça do Trabalho.

Outro bom exemplo constava da Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declarava que "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador."

Esta última situação, inclusive, pode ser considerada extremamente didática, haja vista ser uma lide que, de forma evidente, decorre de relações de emprego, mas cujos sujeitos demandantes não estão, definitivamente, na qualificação

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 630 5/3/2007 12:35:30

jurídica de "empregados" e "empregadores". Tais ações, inclusive, eram ajuizadas na Justiça comum[5], somente passando para o âmbito da competência da Justiça do Trabalho, após a autorização legal[6].

3.3. Competência material executória

Por fim, a terceira regra manifestava-se pela competência executória das próprias sentenças, o que, obviamente, é uma conseqüência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Sua importância é histórica, pois, antes do Decreto-lei nº. 1.237, de 02-05-39, a Justiça do Trabalho não tinha poder para executar suas próprias sentenças, somente podendo ser considerada parte, de fato, do Poder Judiciário, a partir deste momento (embora ainda prevista no Capítulo da Ordem Econômica e Social pela Carta de 1937, uma vez que, constitucionalmente, a incorporação ao Poder Judiciário apenas tenha se dado com a Constituição de 1946).

Além disso, vale destacar que, em matéria de execução de sentença, os Juízes do Trabalho aplicam quase todos os ramos do Direito, e não somente o que se convencionou chamar de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Nas lapidares palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui, "uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito

---

5. "Litígio entre sindicato de trabalhadores e empregador que tem origem no cumprimento de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Pela jurisprudência desta Corte (assim se decidiu no RE 130.555), não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a em causa, e competente para julgá-la a Justiça Comum. Sucede, porém, que, depois da interposição do presente recurso extraordinário, foi editada a Lei 8.984, de 07/02/95, que afastou a premissa de que partiu o entendimento deste Tribunal ao julgar o RE 130.555, porquanto o artigo 1º da referida lei dispõe que 'compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador'. E, em se tratando de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou conflito de competência, não tem sentido que se deixe de aplicar a lei superveniente a interposição desse recurso, para dar-se como competente Juízo que o era antes da citada Lei, mas que deixou de sê-lo com o advento dela." (RE 131.096, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/09/95).
6. "Ação contra sindicato pleiteando a desoneração do pagamento de contribuição confederativa estipulada em cláusula de acordo coletivo de trabalho. Artigo 114 da Constituição Federal. Lei nº 8.984/95. Não é caso de incidência da Lei nº 8.984/95, editada com base no art. 114 da Constituição Federal, que retirou do âmbito residual deixado à Justiça Comum dos Estados a ação tendo por objeto o adimplemento de obrigação assumida em convenções ou acordos coletivos de trabalho, incluindo-se na órbita da Justiça Trabalhista, tendo em vista que tanto a sentença de primeiro grau como o acórdão recorrido foram prolatados muito antes da vigência da referida lei, quando era competente a Justiça Comum dos Estados." (RE 204.194, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/02/98).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 631 5/3/2007 12:35:30

Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho."[7]

Como se não bastasse, tal competência executória foi substancialmente ampliada, antes mesmo da Reforma do Judiciário, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 3º ao original art. 114, estabelecendo que "*Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*".

Revistas as regras de competência material da Justiça do Trabalho antes da Reforma do Judiciário, vem à mente a pergunta que não quer calar: e como ficou depois disso?

É o que veremos no próximo tópico!

4. A NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, modificou substancialmente as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho.

Com efeito, destrinchou o prolixo caput do art. 114, "enxugando-o" e deixando para nove incisos a tarefa de especificar qual é a nova competência trabalhista.

É claro que, até mesmo pelo número e extensão dos incisos, não há como se negar que a atuação da Justiça do Trabalho foi visivelmente ampliada.

É justamente a medida desta ampliação que tem sido discutida e gerado acirrados debates.

Para aqueles mais conservadores, tal modificação não teria vindo em benefício da sociedade, pois influenciaria negativamente na celeridade processual, tão

7. *Ob. Cit.*, p. 101.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 632 5/3/2007 12:35:30

prestigiada no processo trabalhista, uma vez que a ampliação da atuação jurisdicional impediria que os magistrados pudessem se dedicar da mesma forma de outrora à solução das lides.

Nesse mesmo diapasão, ouve-se, com certa freqüência, a afirmação de que tal ampliação desvirtuaria o próprio sentido da Justiça do Trabalho, que tradicionalmente sempre foi de proteção ao trabalhador subordinado, hipossuficiente de uma desigual relação jurídica.

Definitivamente, repudiamos tal raciocínio.

Com efeito, "já vimos este filme" outras vezes!

De fato, quantas "trombetas do apocalipse" não soaram, propugnando pela inviabilidade e/ou perda da identidade da Justiça Laboral, quando houve a ampliação da competência para execução, de ofício, de contribuições previdenciárias (EC 20/98)? Ou a Lei do Rito Sumaríssimo (Lei 9957/2000)? Ou, até mesmo, o fim da malfadada representação classista (EC 24/99)?

Entusiasmados (mas não deslumbrados), vejamos como ficou a nova redação do art. 114 da Constituição Federal:

> "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;
>
> III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
>
> IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
>
> V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
>
> VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
>
> VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
>
> VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
>
> IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 633 5/3/2007 12:35:30

> § 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
>
> § 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.
>
> § 3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito."

Nos estritos limites deste artigo, abordaremos somente a nova competência material contida nos inicisos do dispositivo supratranscrito, não enfocando a parte relativa aos dissídios coletivos, tema abordado nos seus parágrafos.

Vamos a ela!

4.1. Ações oriundas da relação de trabalho

O inciso I, que afirma ser da Justiça do Trabalho, "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", é o mais polêmico, entre todos os novos dispositivos constitucionais.

Na nossa opinião, porém, uma interpretação histórica, com o olhar no que existia outrora, bem como no processo legislativo de reforma constitucional, pode, facilmente, superar qualquer dúvida na sua compreensão.

Como vimos tópicos atrás, a interpretação predominante sobre a redação originária do artigo 114 da Constituição limitava a atuação da Justiça do Trabalho à resolução dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, como sua regra natural, e, por exceção, na existência de previsão expressa de norma infraconstitucional, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios originados no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Percebe-se, portanto, que o âmbito de jurisdição era restrito aos conflitos oriundos de vínculos empregatícios, estando afastados da apreciação da Justiça do Trabalho todas as demais modalidades contratuais que envolvessem o trabalho humano, salvo previsão legal expressa.

Pois bem.

Com a Emenda 45, tudo mudou!

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 634 5/3/2007 12:35:30

Aquilo que outrora era regra e exceção foi reunido, com a evidente finalidade de tutelar, valorizando e disciplinando, toda modalidade de **trabalho humano**.

Se a ação for oriunda diretamente da prestação do trabalho, por pessoas físicas, discutindo-se, portanto, o conteúdo desse labor, bem como as condições em que ele é exercido ou disponibilizado, não haverá mais necessidade de norma infraconstitucional autorizadora para que se reconheça a competência da Justiça do Trabalho.

Em outras palavras, mantendo a coerência histórica na interpretação da evolução constitucional da competência trabalhista, envolvendo a lide sujeitos que estejam na qualificação jurídica de trabalhadores e tomadores desse serviço, a competência será da Justiça do Trabalho.

E note-se que tal modificação não "caiu de para-quedas" no nosso sistema normativo.

Muito pelo contrário!

A doutrina trabalhista há muito reclamava tal modificação, não vendo sentido em limitar a "Justiça do Trabalho" a uma "Justiça do Emprego" (ou, na prática, dos desempregados...)

Nesse sentido, vale a pena, apenas a título exemplificativo, as proféticas palavras do magistrado e professor Antonio Lamarca, muito antes da Constituição Federal de 1988:

> "Por que razão o legislador ordinário não defere a uma Justiça semigratuita e perfeitamente aparelhada a resolução de conflitos de trabalho não resultantes de uma relação não empregatícia? Por que a Justiça do Trabalho não pode decidir as lides conseqüentes aos acidentes de trabalho e à previdência social?
>
> Há muito combatemos essa aparentemente inexplicável quebra de competência. A Justiça do Trabalho custa muito dinheiro aos cofres públicos, mas funciona melhor que qualquer outro setor do Judiciário brasileiro. Tanto isto é verdade que a Reforma Judiciária, de abril de 1977, praticamente não tocou nela. Seria razoável, portanto, que a ela se deferisse acompanhar toda a vida do trabalhador, em todos os aspectos ligados, direta ou indiretamente, ao trabalho. Não é assim, porém"[8].

Não era! – dizemos nós, atualizando o pensamento do grande mestre.

Agora, todas as ações oriundas da relação de trabalho (para muitos, relação de emprego), no que não temos como desprezar os contratos civis, consumeristas ou outros contratos de atividade (quando se referirem à discussão sobre a

8. LAMARCA, Antonio. O livro da competência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 635 5/3/2007 12:35:30

valorização do trabalho humano), deverão ser ajuizadas, a partir da Reforma do Judiciário, na Justiça do Trabalho[9].

Dessa forma, sem *animus* de taxatividade, afirmamos que tanto uma ação envolvendo o descumprimento das regras de um contrato de trabalho, quanto uma ação de cobrança de honorários advocatícios, prestados por profissional autônomo, podem e devem ser apreciadas na Justiça Laboral. Contratado, porém, determinando escritório (e não um profissional específico), o contratante deverá ajuizar sua ação na Justiça Comum. Já o próprio advogado, que presta serviços a este escritório, não como titular ou empregado, mas como associado, pode, ainda quando autônomo, reclamar dele na Justiça do Trabalho os seus honorários eventualmente inadimplidos, valendo o mesmo raciocínio, por exemplo, para trabalhadores cooperativados para recebimento de seus créditos perante a cooperativa; estagiários para percepção de bolsa-auxílio que lhe foi sonegada; representantes comerciais autônomos pelas comissões e honorários não recebidos etc.

Isto, obviamente, não quer dizer que o Direito Material correspondente será o mesmo, mas sim, apenas, que o órgão responsável pela sua jurisdição é que será único.

Dizer isso não importa em desvirtuar o sentido da atuação da Justiça do Trabalho, uma vez que, mesmo em uma relação de consumo, quando o prestador seja a pessoa física, e que o direito material correspondente é mais benevolente com o tomador (consumidor), há um trabalho humano que merece tutela.

Por isso, o fato de o trabalho prestado eventualmente inserir-se, por força do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 8.078/90, no conceito de relação de consumo, não repele a competência da Justiça do Trabalho. Afinal de contas, trata-se de competência material estabelecida na Constituição Federal, sem qualquer tipo de ressalva, sendo a competência da Justiça Comum estadual meramente residual (aquilo, que não estiver previsto na Constituição Federal como de competência especializada, será de competência da justiça comum).

---

9. "*Deixa a Justiça do Trabalho de ter como principal competência, à vista da mudança em análise, o exame dos litígios relacionados com o contrato de trabalho, para julgar os processos associados ao trabalho de pessoa natural em geral. Daí que agora lhe compete apreciar também as ações envolvendo a atividade de prestadores autônomos de serviço, tais como corretores, médicos, engenheiros, arquitetos ou outros profissionais liberais, além de transportadores, empreiteiros, diretores de sociedade anônima sem vínculo de emprego, representantes comerciais, consultores etc., desde que desenvolvida a atividade diretamente por pessoa natural. Prestados os serviços por meio de empresa, não havendo alegação de fraude, a competência não é da Justiça do Trabalho. Como anota Proto Pisani, ao comentar o art. 409, nº 3, do Codice de Procedura Civile Italiano, em observação válida também para o Direito brasileiro, 'la constituzione in società esclude il requisito della prestazione prevalentemente personale*" (MALLET, Estêvão. "*Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional Nº 45" in Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Vol. 71, n. 1 jan./abr./2005, *p*.200).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 636 5/3/2007 12:35:31

O que o magistrado terá como desafio é a tarefa de sopesar valores e princípios, preservando os interesses do consumidor, sem desvalorizar o trabalho humano. O que assusta, nessa bilateralidade, é justamente o que é mais fascinante: não se pode partir do pressuposto que trabalhador ou consumidor tenham sempre razão, só por assim se encontrarem. Quem vai a Juízo não pede misericórdia, mas sim justiça..

Sem parecer contraditório, porém, as ações oriundas da relação de trabalho, quando envolver relação jurídica de direito material estatutária, não estão, ainda, na competência da Justiça do Trabalho.

Mas elas também não são relações de trabalho?

Claro que são!

O fundamento da exclusão, todavia, é outro, a saber, a própria observação do processo legislativo de modificação constitucional, uma vez que o texto aprovado no Senado continha ressalva de exclusão dos servidores estatutários, constante da promulgação, que foi suprimida quando da publicação da Emenda Constitucional.

Embora não se queira, aqui, ressuscitar a velha discussão do conflito entre a *mens legis* e a *mens legislatoris*, o fato é que, por força da liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6, pelo Ministro Nelson Jobim, reestabeleceu-se o quanto pactuado durante a tramitação do projeto de emenda constitucional, sem prejuízo do nosso posicionamento pessoal de que é muito mais lógico que tais conflitos também esteja submetidos à Justiça do Trabalho (esta seja, talvez, uma luta que não se deve abandonar, mas, sim, retomar o mais breve possível...)

A nova regra básica de competência material toma por base, portanto, novamente, a qualificação jurídica dos sujeitos envolvidos, não mais, como outrora, identificados somente como empregado (trabalhador subordinado) e empregador, mas sim como trabalhador, genericamente considerado, e tomador desses serviços (seja empregador, consumidor, sociedade cooperativa etc), incluindo o próprio Estado[10], desde que não seja, na forma explicada, uma relação estatutária[11].

---

10. "Contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Constituição. Precedentes." (CC 7.128, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/05).
11. "Conflito negativo de competência entre juiz federal e o Tribunal Superior do Trabalho. Reclamação trabalhista. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Alegado vínculo sob o molde de contrato de trabalho. Entendimento desta Corte no sentido de que, em tese, se o empregado público ingressa com ação trabalhista, alegando estar vinculado ao regime da CLT, compete à Justiça do Trabalho a decisão da causa (CC 7.053, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 7/6/2002; CC 7.118, Rel. Min. Maurício corrêa, DJ de 4/10/2002). Conflito de competência julgado procedente, ordenando-se a remessa dos autos ao TST." (CC 7.134, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15/08/03)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 637 5/3/2007 12:35:31

Assim, o que importa para delimitação de competência não é o tema discutido ou a legislação a ser aplicada, mas sim a circunstância de versar a lide sobre questão fulcrada diretamente em uma relação de trabalho[12]. Isso implica reconhecer também, por óbvia conseqüência, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses transindividuais vinculados a esta relação[13], inclusive quanto ao descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde[14].

Entendida a regra básica, verifiquemos as demais.

4.2. Ações que envolvam exercício do direito de greve

O segundo inciso do art. 114 trata das relações que envolvem o direito de greve.

Tratando-se do dissídio coletivo de greve, não há, aí, qualquer novidade.

O fato, todavia, que não pode ser desprezado é que esta não é a única modalidade de ação que envolve o exercício do direito de greve.

Na nossa opinião, o dispositivo autoriza as ações indenizatórias decorrentes do exercício abusivo do direito de greve, bem como até mesmo ações possessórias, que têm sido cada vez mais utilizadas no caso de ocupação dos locais de trabalho, durante o movimento paredista.

4.3. Ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores

O inciso III trata das ações que envolvem representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores.

---

12. "Este é o teor da decisão agravada: 'A questão suscitada no recurso extraordinário já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente de contrato de trabalho (Primeira Turma, RE-135.937, rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 26/8/94, e Segunda Turma, RE-165.575, rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 29/11/94). Diante do exposto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesses precedentes, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28/5/1990, e art. 557 do CPC)'." (AI 198.260-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16/11/01). No mesmo sentido: AI 524.869-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/03/05.
13. "Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho." (RE 206.220, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/09/99)
14. Sobre o tema, confira-se a Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal: "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores."

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 638 5/3/2007 12:35:31

Antes, tais conflitos somente eram decididos incidentalmente na Justiça do Trabalho, pois somente a justiça comum tinha competência para solucionar a matéria com força de coisa julgada.

Agora, os conflitos, tanto versando sobre a representatividade dos sindicatos (ex: disputa de qual é o sindicato representativo com base na regra de unicidade sindical), quanto a própria representação dos sindicalizados (ex.: impugnação de eleições sindicais), devem ser submetidos à Justiça do Trabalho, órgão mais afeito à aplicação da legislação sindical do que a justiça estadual[15].

4.4. Mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição

O inciso IV põe fim a uma controvérsia, para nós injustificável, sobre o tema.

De fato, por força da regra do art. 108, alínea "d", da Constituição Federal ("Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:" ... "d) os 'habeas-corpus', quando a autoridade coatora for juiz federal;"), havia forte tendência jurisprudencial[16] de reconhecer a competência dos TRF's para os *habeas corpus* ajuizados em face de prisão determinada por Juiz (Federal) do Trabalho.

O mesmo se diga em relação ao habeas data e ao mandado de segurança, por exegese da alínea "c" ("c) os mandados de segurança e os 'habeas-data' contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal").

---

15. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO MARANHÃO. FIEMA. PROCESSO ELEITORAL SINDICAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 114, INCISO III, DA CF. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC N. 45/2004. APLICAÇÃO IMEDIATA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. As novas disposições do art. 114, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm aplicação imediata e atingem os processos em curso. Diante do alcance do texto constitucional sub examine, as ações relacionadas com processo eleitoral sindical, conquanto sua solução envolva questões de direito civil, inserem-se no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, uma vez que se trata de matéria subjacente à representação sindical. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Trabalho de São Luís (MA)" (STJ, CC 48.372 – MA (2005/0040784-8) – Ac. 1ª S, 22.06.2005, Rel. Min. João Otávio de Noronha.
16. "A Turma deferiu *habeas corpus* em favor de paciente que, nos autos de reclamação trabalhista, tivera contra ele determinada, por Juízo de Vara do Trabalho de comarca do Estado de Minas Gerais, a prisão civil, sob a acusação de infidelidade como depositário judicial. Na espécie, denegado *habeas corpus* impetrado ao TRT/MG, o paciente interpusera recurso ordinário ao TST, que o desprovera, e impetrara, também, novo *habeas corpus* ao STJ, que concedera a ordem por não ter havido aceitação expressa do encargo de depositário judicial, sem a qual o decreto de prisão é ilegítimo. Considerando que os *habeas corpus* foram julgados antes da edição da EC 45/2004, entendeu-se aplicável, ao caso, a jurisprudência até então firmada pelo Supremo, no sentido de competir ao juízo criminal o julgamento de *habeas corpus*, em razão de sua natureza penal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, cabendo o julgamento ao Tribunal Regional Federal, quando a coação for imputada a Juiz do Trabalho de 1º Grau (...) Precedente citado: HC 68.687/PR (DJU de 4/10/91)." (HC 85.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 394)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 639 5/3/2007 12:35:31

A afirmação cai por terra rapidamente, por uma simples leitura do restante do dispositivo.

Toda vez que a Constituição Federal quis tratar de magistrado trabalhista como Juiz Federal, o fez sempre expressamente, como na alínea "a" do mesmo dispositivo ("a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;") evitando confusão terminológica.

Registre-se, porém, em termos de competência funcional, que os mandados de segurança, *habeas corpus* (derivados da prisão por depositário infiel) e *habeas data* serão dirimidos pelo Tribunal Regional do Trabalho respectivo, caso o ato abusivo tenha sido praticado por juízes de primeiro grau. Contudo, caso eles se originem de ato que não seja de juiz de primeiro grau (como, por exemplo, o Delegado Regional do Trabalho), a competência para julgá-lo será do próprio magistrado da primeira instância.

4.5. Conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista

O quinto inciso trata de *competência entre órgãos com jurisdição trabalhista,* fazendo uma ressalva em relação ao Supremo Tribunal Federal.

A sua inserção se justifica pela necessidade de deixar expresso no texto constitucional algo que já estava pacificado na jurisprudência posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia inicial se dava por força do disposto originalmente nos arts. 803/808 da Consolidação das Leis do Trabalho, que preceituam, *in verbis*:

> "Art. 803 – Os conflitos de jurisdição podem ocorrer entre:
>
> a) Juntas de Conciliação e Julgamento e Juízes de Direito investidos na administração da Justiça do Trabalho;
>
> b) Tribunais Regionais do Trabalho;
>
> c) Juízos e Tribunais do Trabalho e órgãos da Justiça Ordinária;
>
> d) (Revogada pelo Decreto-Lei nº 8.737, de 19-1-1946.)
>
> Art. 804 – Dar-se-á conflito de jurisdição:
>
> a) quando ambas as autoridades se considerarem competentes;
>
> b) quando ambas as autoridades se considerarem incompetentes.
>
> Art. 805 – Os conflitos de jurisdição podem ser suscitados:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 640 5/3/2007 12:35:31

a) pelos Juízes e Tribunais do Trabalho;

b) pelo procurador-geral e pelos procuradores regionais da Justiça do Trabalho;

c) pela parte interessada, ou o seu representante.

Art. 806 – É vedado à parte interessada suscitar conflitos de jurisdição quando já houver oposto na causa exceção de incompetência.

Art. 807 – No ato de suscitar o conflito deverá a parte interessada produzir a prova de existência dele.

Art. 808 – Os conflitos de jurisdição de que trata o art. 803 serão resolvidos:

a) pelos Tribunais Regionais, os suscitados entre Juntas e entre Juízos de Direito, ou entre uma e outras, nas respectivas regiões;

b) pelo Tribunal Superior do Trabalho, os suscitados entre Tribunais Regionais, ou entre Juntas e Juízos de Direito sujeitos à jurisdição de Tribunais Regionais diferentes;

c) (Revogada pelo Decreto-Lei nº 9.797, de 9-9-1946);

d) pelo Supremo Tribunal Federal, os suscitados entre as autoridades da Justiça do Trabalho e as da Justiça Ordinária."

A concepção original do texto consolidado tomava por base a idéia de hierarquia funcional.

De fato, havendo conflito de competência **territorial** entre órgãos submetidos à jurisdição de um mesmo Tribunal Regional do Trabalho, sejam juízes do trabalho, sejam juízes estaduais na jurisdição trabalhista[17], é este órgão que

17. Superior Tribunal de Justiça:
"SÚMULA N.º 180. Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Estadual e Junta de Conciliação e Julgamento" (aprovada em sessão de 05.02.1997 – DJU, Seção I, de 17.02.1997, pág. 2.231).
Referência: CLT, artigos 668, 803 e 808, "a".
CC 12.274-AL (2a. S. 14/06/95 – DJ 18/12/95); CC 14.024-PR (2a. S. 09/08/95 – DJ 02/10/95); CC 13.950-SP (2a. S. 11/10/95 – DJ 08/04/96); CC 13.873-SP (2a. S. 10/04/96 – DJ 06/05/96); CC 9.968-SP (2a. S. 27/03/96 – DJ 13/05/96); CC 14.574-CE (2a. S. 27/03/96 – DJ 13/05/96).
"Conflito de competência. Superior Tribunal de Justiça: juiz de direito investido de jurisdição trabalhista *versus* junta de conciliação e julgamento. Conflito de competência entre Juiz de Direito investido de jurisdição trabalhista e Juiz do Trabalho. Competência do TRT para dirimir o conflito." (CC 7.061, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/01)
"Conflito de competência. Tribunal Regional do Trabalho e Superior Tribunal de Justiça. Vara do trabalho e juiz de direito investido na jurisdição trabalhista. Hipótese de conflito entre Vara do Trabalho e Juiz de Direito no exercício de funções específicas da Justiça Trabalhista. O STJ, em face da Súmula 180, dele não conheceu, determinando a remessa dos autos ao TRT, que suscitou novo conflito perante esta Corte. Ocorrência de legitimidade do TRT, com fundamento da alínea *o* do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Competente o Tribunal Regional do Trabalho para decidir conflito de competência, verificado na respectiva região, entre Vara do Trabalho e Juiz de Direito investido na jurisdição trabalhista." (CC 7.076, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 08/02/02)

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 641 5/3/2007 12:35:32

deve decidir a matéria, até mesmo para a uniformização dos posicionamentos na respectiva região.

Todavia, ainda em sede de conflito de competência territorial, é possível que sejam suscitantes órgãos submetidos à jurisdição de distintos Tribunais Regionais do Trabalho. No estado da Bahia, por exemplo, que tem uma extensão territorial comparável a diversos países, é muito comum se verificar tais conflitos nas cidades de Juazeiro (Bahia) e Petrolina (Pernambuco), separadas somente por uma ponte, ou na cidade de Paulo Afonso, na interseção da Hidroelétrica da CHESF, com os estados de Pernambuco e Alagoas, ou, no extremo sul, na cidade de Teixeira de Freitas, muito próxima do estado do Espírito Santo.

Nestas situações, na forma do art. 808, d, da CLT, perfeitamente compatível com o novel inciso V do art. 114, a competência para apreciar o conflito será do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

A questão se mostra mais complexa, porém, quando se trata de um conflito de competência **material**, obviamente suscitado entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária.

Em tal hipótese, o conflito não se dá **entre** *órgãos com jurisdição trabalhista*, mas sim entre um órgão com jurisdição trabalhista e um outro sem tal característica, estando, pois, fora da competência material de qualquer órgão da Justiça do Trabalho.

O texto consolidado propugna que tal conflito seja solucionado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, o que se mostra perfeitamente lógico com os parâmetros anteriores.

Todavia, a questão não se resolve de maneira tão rápida.

Isso porque a ressalva, contida no inciso em epígrafe, se refere apenas aos "os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal"[18], o que envolve essencialmente, portanto, questões de competência material e funcional.

---

18. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
(...)
o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;"

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 642 5/3/2007 12:35:32

Assim, tratando-se do supramencionado conflito material entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, por força da regra do art. 105, I, d, da Constituição Federal[19].

Se não houvesse norma constitucional específica, poderíamos propugnar pela competência do Supremo Tribunal Federal (que nos parece mais lógico, inclusive, por se tratar, no final de contas, de matéria constitucional), mas, dada a regra mencionada, o controle pelo STF somente se dará em fase recursal.

4.6. Ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho

O inciso VI é, na nossa opinião, uma das regras novas com maior conteúdo simbólico.

De fato, entendemos que, por força do inciso I, já não seria necessária a previsão expressa de uma competência para "*ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho*".

Isso porque "*ações de indenização por dano moral ou patrimonial*" nada mais são do que postulações de responsabilidade civil, matéria que tem conteúdo interdisciplinar, envolvendo todos os ramos do Direito[20].

Todavia, como, durante muito tempo, houve acirrada controvérsia sobre o tema, vale invocar o bordão da sabedoria popular ("*Cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém...*") para defender a importância da novel previsão expressa.

Ressalte-se, porém, que o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para reparação de danos morais e materiais em geral foi sendo conquistada pouco a pouco[21], até que, recentemente, em julgamento histórico, reverteu-se,

---

19. "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I – processar e julgar, originariamente:
(...)
d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;"
20. Sobre o tema, confiram-se os nossos trabalhos PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*, São Paulo-SP, LTr Editora, 4ª edição, 2006, e GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III (*Responsabilidade Civil*), 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
21. "INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil." (STF RE 238.737-4 (SP) – Ac. 1ª T., 17.11.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) "Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho. 1 – Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 643 5/3/2007 12:35:32

por 10 X 0, lamentável tendência jurisprudencial e se pacificou a competência especializada, inclusive para danos decorrentes de acidente de trabalho[22].

4.7. Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho

O inciso VII se refere às ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores.

---

para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentimento em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2 – À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF – Pleno – MV – Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 – Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence – J. 23.5.90 – Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho – DJU 22.2.91, p. 1259).

"Justiça do Trabalho: Competência. Compete à Justica do Trabalho julgar ação de uma empresa contra ex-empregado seu para cobrar-lhe parte do que despendeu com o pagamento de sua mudanca, de volta do exterior, onde servia, sob o fundamento de excesso em relacao aquilo a que se obrigara no contrato de trabalho." (RE-116092 / SP, Recurso Extraordinario, Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE, Publicação: DJ DATA-14-09-90 PG-09425 EMENT VOL-01594-02 PG-00236, Julgamento: 28/08/1990 – PRIMEIRA TURMA)

"Justiça do trabalho. Competência para julgar ação de indenização por acidente de trabalho. Acórdão recorrido assenta em fundamento suficiente não impugnado no RE: precedente do STF. Incidência da Súmula 283. Regimental não provido." (AGRRE-269309 / MG, AG. REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO, Relator(a) Min. NELSON JOBIM, Publicação DJ DATA-23-02-01 PP-00123 EMENT VOL-02020-12 PP-02468, Julgamento 18/12/2000 – Segunda Turma)

"Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil." (RE-238737 / SP, RECURSO EXTRAORDINARIO, Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE, Publicação DJ DATA-05-02-99 PP-00047 EMENT VOL-01937-18 PP-03701, Julgamento 17/11/1998 – Primeira Turma)

"COMPETÊNCIA E DANO MORAL. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar pedido de indenização por dano moral proposto por empregado contra ex-empregador, pelos prejuízos causados por ofensa à sua honra no curso de processo trabalhista. Com esse entendimento, a Seção, com a ressalva do ponto de vista pessoal dos seus componentes, mudou a jurisprudência firmada sobre a matéria, em virtude de o STF no RE 238.737-4-SP ter reformado acórdão deste colegiado, sob o argumento de que nessas hipóteses o litígio surge em decorrência da relação de emprego, não importando que a causa deva ser resolvida com base nas normas de Direito Civil." (STJ, 2ª Seção, CC 21.528-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 10/3/1999 (acórdão unânime). Processo: CC-21528 SP 98/0003316-5 – CONFLITO DE COMPETENCIA – Autuação : 05/02/1998 – Originário: 64220297 273896, AUTOR : JOSE OSVALDO DE SOUZA, REU: POLENGHI INDUSTRIA BRASILEIRA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA)

22. "As ações de indenização propostas por empregado contra empregador, fundadas em acidente do trabalho, são da competência da justiça do trabalho. Com base nesse entendimento, que altera a jurisprudência consolidada pelo Supremo no sentido de que a competência para julgamento dessa matéria seria da justiça comum estadual, por força do disposto no art. 109, I, da CF, o Plenário, em Conflito de Competência suscitado pelo TST – Tribunal Superior do Trabalho em face do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, conheceu da ação e determinou a remessa do feito à Corte suscitante. Entendeu-se que não se pode extrair do referido dispositivo a norma de competência relativa às ações propostas por empregado contra empregador em que se pretenda o ressarcimento por danos decorrentes de acidente de trabalho. Esclareceu-se que,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 644 5/3/2007 12:35:32

Tais postulações eram processadas, anteriormente, na Justiça Federal, passando a ser na Justiça especializada laboral, o que se mostra bastante coerente, até pela afinidade dos magistrados com a legislação nacional trabalhista, tendo maior aptidão para analisar a razoabilidade das sanções impostas pelos agentes de fiscalização, a saber, os auditores fiscais do trabalho.

4.8. Execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir

O inciso VIII não inova o ordenamento constitucional, pois é apenas a incorporação do disposto no outrora § 3º do original art. 114, dispositivo inserido anteriormente pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Trata-se, também, de uma matéria que, anteriormente, era de competência da justiça federal comum e que passou a ser da Justiça do Trabalho.

Um dos desafios da interpretação do dispositivo é a verificação dos seus limites, para verificar se deve ser interpretado restritivamente (ou seja, sendo de competência apenas a conseqüência do que se condenar) ou se abrange a possibilidade de condenação e execução em todas as contribuições previdenciárias decorrentes da relação de trabalho.

Assim, a controvérsia reside em saber se cabe a execução dessas contribuições quando todas as outras parcelas trabalhistas foram corretamente adimplidas, ou seja, se um empregador pode ir a Juízo, única e exclusivamente, para pleitear o recolhimento das verbas previdenciárias decorrentes da relação de emprego.

---

nos termos da segunda parte do inciso I do art. 109 da CF, excluem-se, da regra geral contida na primeira parte – que define a competência dos juízes federais em razão da pessoa que integra a lide – as causas de acidente do trabalho em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autora, ré, assistente ou oponente (...). Afirmou-se que referidas causas consistem nas ações acidentárias propostas pelo segurado contra o INSS, nas quais se discute controvérsia acerca de benefício previdenciário, e que passaram a ser da competência da justiça comum pelo critério residual de distribuição de competência (Enunciado da Súmula 501 do STF). Não se encaixariam, portanto, em nenhuma das partes do mencionado dispositivo as ações reparadoras de danos oriundos de acidente do trabalho, quando ajuizadas pelo empregado contra o seu empregador, e não contra o INSS, em razão de não existir, nesse caso, interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, exceto na hipótese de uma delas ser empregadora. Concluiu-se, destarte, ressaltando ser o acidente de trabalho fato inerente à relação empregatícia, que a competência para julgamento dessas ações há de ser da justiça do trabalho, a qual cabe conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, e outras controvérsias decorrentes daquela relação. Asseverou-se que tal entendimento veio a ser aclarado com a nova redação dada ao art. 114 da CF, pela EC 45/2004, especialmente com a inclusão do inciso VI (...). Acrescentou-se, ainda, que o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela, deve ser, por isso, da justiça especial. Fixou-se, como marco temporal da competência da justiça laboral, a edição da EC 45/2004, por razões de política judiciária." (CC 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, Informativo 394).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 645 5/3/2007 12:35:33

Entendemos que sim, já havendo, inclusive, acórdãos do colendo Tribunal Superior do Trabalho neste sentido, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004[23].

4.9. Ações decorrentes da relação de trabalho (reespecificando a regra de competência material legal ou decorrente).

O último inciso do novo art. 114 da Constituição Federal estabelece ser da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, todas as demais controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

---

23. Tribunal Superior do Trabalho (07.01.2004): "TST define competência para desconto previdenciário. A Justiça do Trabalho é o órgão judicial encarregado de exigir o pagamento das contribuições previdenciárias quando o processo trabalhista acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego. Essa posição foi adotada pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que acolheu, por maioria de votos, recurso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A decisão, com base no voto do juiz convocado Alberto Bresciani, tem grande repercussão, pois abrange um tema com apenas um precedente no TST, em processo relatado pelo Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. "O interesse público e o bom senso aconselharão aquele que bate às portas do Judiciário, via Justiça do Trabalho, tenha resolvidas todas as questões decorrentes de sua irresignação, quando acolhida", sustentou Alberto Bresciani. "O pagamento das contribuições sociais e o conseqüente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, contrastando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho", acrescentou o relator. O segundo precedente do TST em que se afirma a competência da Justiça do Trabalho para executar descontos previdenciários decorreu de recurso interposto pelo INSS contra decisão anterior do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso do Sul (TRT-24ª Região). O órgão reconheceu a existência de vínculo de emprego na relação mantida entre um trabalhador e a Veigrande Veículos Ltda., mas não autorizou a apuração dos valores devidos ao INSS. A exemplo de outros Tribunais Regionais, o TRT-MS entendeu que o exame de uma ação meramente declaratória, ou seja, que tão somente reconhece a relação de emprego, não poderia levar o magistrado a promover de ofício (por iniciativa própria) o desconto do crédito previdenciário. "As contribuições sociais (como as devidas ao INSS) possuem natureza acessória, sendo executadas somente se subsistir algum crédito trabalhista de caráter salarial", registrou a decisão regional. Inconformado, o INSS recorreu ao TST sob o argumento de ofensa ao artigo 114 da Constituição, onde se afirma que "compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a* e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir". O argumento da Autarquia foi aceito pelo relator do recurso, sob o entendimento de que "é patente que o art. 114, parágrafo 3º, da Constituição Federal alude, genericamente, não excluindo portanto aquelas de cunho declaratório". Bresciani também destacou que a decisão regional não foi razoável pois, nessa situação jurídica, "as contribuições sociais serão qualificadas e quantificadas pela natureza da relação jurídica que as originou: o contrato individual de trabalho". O relator citou, ainda, o Decreto nº 3.048/99 que regulamentou a Lei Previdenciária dispondo que "se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante (trabalhador), para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenha sido reclamado na ação" (PROC. Nº TST-RR-1119/1999-002-24-40.0). Lamentavelmente, em 10/11/2005, O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por maioria de votos, que não cabe à Justiça do Trabalho a cobrança das contribuições devidas ao INSS sobre as ações declaratórias, nas quais é reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador. A execução do tributo pela JT ficará restrita às decisões em que há condenação da empresa ao pagamento de parcelas trabalhistas e sobre os valores resultantes de acordos entre as partes. Na sessão, os ministros do TST criticaram a postura adotada pela Previdência Social diante das decisões judiciais que declaram a relação de emprego. Os valores correspondentes ao reconhecimento do vínculo têm sido recolhidos a um fundo específico do INSS e não diretamente à conta do trabalhador na Previdência. O INSS,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 646 5/3/2007 12:35:33

Nesse momento, fica no ar uma pergunta que não quer calar: se o inciso I estabelece ser da competência da Justiça do Trabalho todas as controvérsias oriundas de relação de trabalho, como se pode falar de uma competência material decorrente ou legal? Afinal de contas, se TODAS as controvérsias oriundas de relação de trabalho já o são, o que teria sobrado para ser incluído, na forma da lei?

Trata-se de um dilema, sem sombra de dúvida!

Dogmaticamente, porém, pode-se obter, facilmente, uma resposta adequada, transformando-se o aparente paradoxo em um simples sofisma.

E, para isso, basta não descurar da interpretação histórica da competência constitucional da Justiça do Trabalho!

De fato, se, tradicionalmente, eram os sujeitos da relação de emprego (mais especificamente a sua qualificação jurídica) quem delimitavam a regra básica de competência da Justiça do Trabalho, tal padrão não deve ser desprezado, *mutatis mutandi*, na nova sistemática constitucional.

Assim, a regra básica da nova competência material trabalhista deve ser a da apreciação de todos os conflitos oriundos da relação de trabalho, ou seja, em que a demanda se refira necessariamente aos sujeitos da relação de trabalho, o que envolve, obviamente, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, os danos pré e pós contratuais etc.

Já os conflitos decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos envolvidos na lide não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador deste serviço, para serem da competência da Justiça do Trabalho, imprescindem de norma legal estipuladora.

Vale registrar que tal norma infraconstitucional estará autorizada a retirar matéria que é de competência da justiça estadual (sempre residual), passando para a competência da Justiça do Trabalho.

---

contudo, não admite a decisão judicial como prova de tempo de serviço do trabalhador, que termina com a aposentadoria postergada. A mudança de entendimento foi adotada após a revisão da Súmula nº 368 do TST, que interpreta o alcance do dispositivo constitucional que atribui à Justiça do Trabalho a competência para a execução das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. O tema foi objeto de um amplo estudo feito pelo ministro Simpliciano Fernandes, cujo posicionamento foi adotado pela maioria dos integrantes do TST. Com a decisão do Pleno, o inciso I da Súmula 368 passa a dispor que "a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e sobre os valores objeto de acordo homologado que integrem o salário de contribuição".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 647 5/3/2007 12:35:33

Nessa linha, enquadram-se, por exemplo, as ações regressivas decorrentes do fenômeno trabalhista da sucessão de empregadores/continuidade da empresa, previsto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou mesmo as lides trabalhistas envolvendo servidores públicos (estatutários, portanto) estaduais.

Matérias, porém, de competência atual da Justiça Federal exigirão, por sua vez, emendas constitucionais, para passarem a ser da atuação da Justiça do Trabalho. É o caso, a título exemplificativo, dos crimes contra a organização do trabalho; crimes contra a Administração da Justiça (do Trabalho); lides envolvendo servidores públicos federais, entre outros temas decorrentes de relações de trabalho, mas que demandam modificações futuras do art. 109 da Constituição Federal.

Em linha semelhante, vale lembrar o sempre lúcido pensamento de Reginaldo Melhado:

"O dilema do suposto conflito entre os incisos I e IX do art. 114 pode ser resolvido no próprio campo da argumentação dogmática. Note-se que, enquanto o inciso I do art. 114 menciona as ações *oriundas* da relação de trabalho, o inciso IX incorpora controvérsias *decorrentes* dela. Que diferença há entre os vocábulos *oriundo* e *decorrente*? Lexicologicamente, '*oriundo*' tem o sentido de *originário*, *natural*. A raiz latina da palavra guarda alguma relação com '*oriente*' (*oriens*, *orientis*), que designa a nascente do sol (oriente é o leste, a parte do céu onde nasce o Sol). O adjetivo '*decorrente*' significa aquilo *que decorre*, *que se origina*. Vale dizer: no inciso I está a relação de trabalho ontologicamente considerada; ela própria em seu estado natural. O substrato é o próprio trabalho. Já no inciso IX há menção à controvérsia *decorrente* dela, numa relação mediata e indireta, que dependeria de lei formal para extensão de competência. Inscrevem-se nessas situações, por exemplo, as ações previdenciárias (aquelas em que se discutem benefícios da Previdência Social) ou as ações incidentais na execução trabalhista, como os embargos de terceiro e os embargos à arrematação"[24].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são as nossas primeiras reflexões sobre a nova competência da Justiça do Trabalho.

24. MELHADO, Reginaldo. "Da Dicotomia ao Conceito Aberto: as Novas Competências da Justiça do Trabalho" in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 314.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 648 5/3/2007 12:35:33

A título de sistematização doutrinária desse rápido estudo, podemos assim compreender a nova competência trabalhista:

a) o dispositivo normativo básico para verificar a competência material da Justiça do Trabalho é o art. 114 da Constituição Federal de 1988;

b) do art. 114, I, extrai-se a regra básica de competência material, que é a atribuição para apreciar "*ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios";*

   b.1) tal regra básica abrange todos os litígios individuais ou coletivos entre sujeitos de uma relação de trabalho, nessa qualificação jurídica, o que envolve, obviamente, a título exemplificativo, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, danos pré e pós contratuais etc.

c) no inciso VI do art. 114, reafirma-se a competência do inciso I, explicitando-se que ela envolve, inclusive, "*as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho*";

d) nos demais incisos do art. 114, verificam-se outras regras de competência material, envolvendo não necessariamente os sujeitos diretos de uma relação de trabalho, a saber:

   d.1) competência para "*ações que envolvam exercício do direito de greve*";

   d.2) competência para "*ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores*";

   d.3) competência para "*mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição*";

   d.4) competência para "*conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista*";

   d.5) competência para "*ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho*";

   d.6) competência para "*execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*";

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 649 5/3/2007 12:35:33

e) o inciso IX do art. 114, ao explicitar ser da competência da Justiça do Trabalho "*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*", não contradiz a regra geral do inciso I, mas, sim, ao contrário, a reafirma, ao admitir a existência de outras demandas decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador do serviço;

   e.1) na nova regra de competência material legal ou decorrente, os demais conflitos decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos envolvidos na lide não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador deste serviço, para serem da competência da Justiça do Trabalho, imprescindem de norma legal estipuladora.

Arrematando, reconhecemos que vasto terreno ainda precisa ser desbravado para que se assentem os efetivos limites desta nova atuação.

Essa é apenas a nossa contribuição pessoal para um debate que ainda demorará um bom tempo para se pacificar.

Contudo, entre tantas dúvidas e incertezas, acreditamos que o único consenso a que se chegou, neste momento histórica, é a frase do bardo da modernidade Lulu Santos: "*Nada do que foi será, de novo do jeito que já foi um dia...*"

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTELO, Jorge Pinheiro, "*Dano Moral Trabalhista. Competência*" *in* "*Trabalho & Doutrina*", nº 10, São Paulo, Editora Saraiva, setembro/1996.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes, "*Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: Mudança que contraria o perfil conservador da Reforma do Judiciário*" in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.92/115.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 650 5/3/2007 12:35:34

DALAZEN, João Oreste, "*Indenização Civil de Empregado e Empregador por Dano Patrimonial ou Moral*" *in* "*Revista de Direito do Trabalho*", nº 77, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, março/1992.

DALAZEN, João Oreste, *Competência Material Trabalhista*, São Paulo, LTr Editora, 1994.

FLORINDO, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III (*Responsabilidade Civil*), 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

LAMARCA, Antonio. O livro da competência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

MALLET, Estêvão. "*Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional Nº 45" in Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Vol. 71, n. 1 jan./abr./2005, *p*.198/216.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito Processual do Trabalho,* 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. "*Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988*" *in* "*Revista Ciência Jurídica do Trabalho*", ano I, número 04, abril/1998, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, Belo Horizonte/MG, págs. 09/17.

_____. *O Dano Moral na Relação de Emprego*, São Paulo-SP, LTr Editora, 4ª edição, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º volume, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 651 5/3/2007 12:35:34

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 652 5/3/2007 12:35:34

Capítulo XXIII
O Princípio da Proporcionalidade e o poder de criatividade judicial

Sabrina Dourado França Andrade[*]

Sumário • 1. Introdução. 2. Considerações preambulares. 3. Do jusnaturalismo ao pós-positivismo: uma nota explicativa. 4. A força normativa dos princípios. 5. Os fundamentos do princípio da proporcionalidade, sua relevância no processo civil e o poder de criatividade judicial. 6. O novo papel desempenhado pelo juiz à luz dos direitos fundamentais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Dizer o direito não é tarefa fácil. Não há que se negar que as normas estão postas e deve o juiz aplicá-las. Entretanto, a obediência clarividente e cega à Lei, muitas vezes, fere inexoravelmente os direitos fundamentais das partes e contraria o ideal de justiça que deve balizar as lides.

Não se pode olvidar, por conseguinte, que ao se deparar com o caso concreto o juiz deverá não mais aplicar a fria subsunção da norma, quando esta for inviável ou até mesmo impossível, mas, sim, interpretá-la à luz dos princípios constitucionais, em especial, o da proporcionalidade, também entendida como razoabilidade e aplicá-la através da ponderação de valores e da efetivação dos direitos fundamentais.

Esse trabalho, pois, tem o escopo de analisar o princípio constitucional da Proporcionalidade, correlacionando-o com o aumento de poder ofertado aos magistrados e, por conseguinte, o seu emblemático papel de garantidor dos direitos fundamentais .

Para tanto, será demonstrado o moderno conceito do princípio da proporcionalidade, dos seus fundamentos, suas nuances e peculiaridades, da sua importância no Processo Civil moderno, correlacionando-o com o poder de criatividade judicial. Ademais, será traçada, também, breve exposição da transição dogmática

* Advogada, pós graduanda em Direito Processual Civil pelo Curso JusPodivm e Faculdade UNYAHANA, professora da FTC, UNIRB, UNYAHNA e do curso *Jus*PODIVM e membro do grupo de pesquisa do prof. Fredie Didier Jr.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 653 5/3/2007 12:35:34

jurídica implementada, ao longo dos anos, e explanação sobre a inquestionável força normativa dos princípios no ordenamento jurídico pátrio.

2. CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Etimologicamente o termo proporcionalidade, do latim *proportionalis*, é entendido como algo que se mostra numa relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas. É o que está em proporção, apresenta a disposição ou a correspondência devida entre as partes e o seu todo.

Preleciona, o renomado autor, Francisco Fernandes de Araújo, (2002,p.33) que a proporcionalidade revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo, já comparados entre si.

A idéia de proporcionalidade, continua a ditar o autor supra referido, tem, como antecedente, o campo filosófico da Grécia antiga, em que o Direito devia constituir alguma utilidade para a comunidade. A propósito, Aristóteles fazia largas referências ao meio termo e à justa medida que, naquela época, correspondia à idéia de proporcionalidade e de justiça.

Evoluindo o seu pensamento, assevera, ainda, que o aspecto moral para os antigos gregos, a idéia que norteava o bom comportamento do cidadão, o que era bom e justo, era exatamente a idéia de proporcionalidade, muito embora naquele tempo a matéria se concentrasse apenas no plano filosófico.

Possivelmente, mesmo antes dessa época, mas sem registros históricos, tem-se conhecimento que a proporcionalidade já tinha sido idealizada pelas culturas mais antigas.

Ao examinar as escrituras sagradas, de forma mais acurada, no livro Êxodo, capítulo XXI, versículos 23 a 25, encontrar-se-ão os seguintes textos: "Mas se houver morte, então darás vida por vida" (23); O tão conhecido "Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé" (24); "Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe" (25).

Ora, o que são essas afirmações senão a idéia da proporcionalidade?

Proporcionalidade esta que deu base à conhecida Lei do Talião, a qual estabelecia pena ao delinqüente igual ao mal que ele ocasionara.

Conforme Plácido e Silva citado por Francisco Fernandes de Araújo (2002, p.36): "A Lei da XII tábuas estabelecia as penas de talião para cada golpe ou cada quebradura sofrida pelo corpo".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 654 5/3/2007 12:35:34

Embora no Direito moderno tal postura já não se conforme com essa conotação extremista, de tudo se conclui que a idéia da proporcionalidade se confunde com a própria história da Filosofia e do direito.

Na verdade, se fosse possível retroagir aos primórdios da história da humanidade, facilmente se constataria que a proporcionalidade, que traduz medida esteticamente bela e substancialmente justa, é inerente ao sentimento e à natureza do ser humano, razão pela qual se justifica a sua ampla aplicação em defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

3. DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO: UMA NOTA EXPLICATIVA

Após as considerações preambulares, sobre a proporcionalidade, faz-se necessário, de logo, expor, em breves linhas, a forte transição sofrida pela dogmática jurídica, ao longo dos tempos, para melhor compreensão do tema posto em tela.

Uma das célebres distinções dadas ao direito, no escoar dos séculos, foi a existente entre o direito natural e o direito positivo.

Norberto Bobbio (1992, p.21) citando Glück (em seu comentário *alle pandette*) bem os diferencia: seria direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão, fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos seus próprios objetivos [...] Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas por vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.

Dessa individualização dada ao direito, em natural e positivo, surgiram diversas escolas, em diversos países do mundo tais como: Inglaterra, França e Alemanha que os defendiam ou posicionavam-se de forma contraposta aos seus fundamentos.

O jusnaturalismo moderno inicia sua formação a partir do século XVI. Tinha por escopo tal escola, deixar para traz o dogmatismo medieval, bem como escapar do ambiente teológico em que se formou e desenvolveu.

Seus ideais tiveram intenso relevo no século passado, entrando em declínio com a formação do estado moderno, que concentra para si todos os poderes, principalmente, o de criar o direito.

Conforme assevera Luís Roberto Barroso:

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 655 5/3/2007 12:35:34

> O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais (2003, p.335).

De acordo com o pensamento positivista jurídico extremado e ortodoxo[1], deveria haver uma autolimitação à lei para se obter uma estabilidade do direito e segurança jurídica ao ordenamento jurídico positivo.

Não é demais registrar, que para Pietro Perlingieri (2002, p.02) a autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a realidade jurídica como de alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que pesou muito, e ainda pesa sobre os juristas e sobre o Direito.

Na visão particular dele, este fenômeno levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma teoria geral do direito sem (explícitas) "infiltrações" de caráter político, econômico, sociológico, como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia.

Portanto, para os positivistas radicais só era direito aquela prescrição ditada pelo estado. Confiando que a razão traria a luz, revestida do mito da infalibilidade, o Positivismo Jurídico mais rudimentar, fez coincidir a legalidade com a legitimidade, afastando a ética do Direito, que frio, respondia "dure lex, sede lex".

Entretanto, com o transcurso do tempo, se verificou que a interpretação jurídica tradicional, ou clássica, não mais supria as necessidades do mundo moderno.

Para Luís Roberto Barroso (2003, p.331) a idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da constituição. Não importando, no entanto, em desprezo ou completo abandono do modelo clássico – o subsuntivo[2] – fundado na aplicação de regras e dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Ao contrário, continuam eles a desempenharem um papel relevante na busca do sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mais nem sempre suficiente.

---

1. O pensamento positivista vinculou o juiz a escolher, na solução das lides, apenas e exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do estado.
2. Nessa perspectiva, assevera ainda, Luís Roberto Barroso que a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. A lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 656 5/3/2007 12:35:35

A grande virada, na interpretação do direito como um todo, deu-se a partir de uma grande constatação, percebeu-se que não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas tragam sempre, em seu bojo, um sentido unívoco, objetivo, válido matematicamente e aplicável a todas as situações sobre as quais incidem.

No entanto, como preleciona o autor supramencionado (p.332) a nova interpretação jurídica assenta-se no oposto da proposição subsuntiva: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo amplo e aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco, hermético e objetivo que certa tradição exegética[3] lhes pretende dar.

Com maestria, questiona Fernanda Duarte Silva (2005,p.09) onde estaria à exatidão matemática da operação de adequar o fato concreto à norma hipotética, se os fatos reais nunca apresentam a simplicidade da norma descrita em abstrato, pois não se dá de forma desconexa de todo um conjunto de circunstâncias, sem elementos de subjetividade.

Apesar dos alardes positivistas, que diziam ter sido finalmente alcançada a segurança jurídica, o modelo de subsunção mostra-se, com o passar da história, incapaz e insuficiente para solucionar as demandas trazidas ao judiciário, pois estas se tornaram cada vez mais complexas, sendo impossível conceber que possa o legislador antecipar, em textos legais, todos os possíveis litígios existentes no seio da sociedade.

Não é dispendioso ressalvar novamente, que falar em uma nova interpretação constitucional para Luis Roberto Barroso (2003, p.332) significa falar em teoria argumentação, normatividade dos princípios, ponderação de valores, sem, no entanto menoscabar o conhecimento convencional, nem renegar a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas.

Desenvolvendo o seu pensamento o autor declina que ao fim da segunda guerra mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei, constituindo-se como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido[4].

---

3. Segundo Norberto Bobbio (1999, p.83) a escola de exegese deve seu nome á técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e na exposição do código civil de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio código.
4. Sobre o tema, vejam-se; Santiago Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos.* Buenos Aires: Astrea, 1989; e TORES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 657 5/3/2007 12:35:35

Exposa ainda, que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Surge, assim, uma nova fase para o direito, denominada pela maioria da doutrina especializada de pós-positivismo, a qual tem como marca a valorização dos princípios, a reaproximação com a ética que vem buscando reconstruir um instrumental técnico-jurídico aplicável aos diversos e complexos problemas concretos.

O pós-positivismo, na rica informação trazida por Luís Roberto Barroso (2003, p.336) é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem as definições das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais[5], edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Pelo mesmo fio condutor Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.03) informa que a transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a constituição.

Nessa linha, desenvolve o autor, podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios, a técnica da interpretação de acordo, as novas técnicas de controle de constitucionalidade que conferem ao juiz uma função "produtiva", e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade e própria possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.

Registre-se, por oportuno, que se quer defender, portanto, desobediência ao ordenamento jurídico positivado, nem fazer apologia ao antigo e decadente direito natural, a gerar uma flagrante insegurança jurídica, porém, faz-se necessário reconhecer que o sentimento particular de justiça de cada aplicador do direito possa influir nos julgamentos, sempre sopesados pelos ideais da proporcionalidade e da verdadeira justiça *in casu*.

Talvez, por isso, conforme leciona Cristiano Chaves de Farias (2005, p.09) seja chegado o momento de percebendo a flagrante e incontestável crise do positivismo jurídico exagerado, afirmar a necessária aproximação da ciência jurídica

5. Ingo Wolfgang Sarlet (2005,p.33) alerta que são expressões sinônimas dos direitos fundamentais: Direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 658 5/3/2007 12:35:35

com a realidade que lhe incumbe regulamentar a partir da valorização da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se afirmar que o movimento nominado de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo demarca a ruptura de um paradigma, do qual emergiu a teoria dos princípios e dos direitos fundamentais[6].

4. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Da análise do próprio termo princípio, sói perceber quão amplas poderiam ser as noções expostas por quem objetivasse elaborar um conceito para ele. E isto se dá, em razão do caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio.

Em linha inicial, podem-se conceituar os princípios como as vigas mestras, elementares, basilares, estruturantes das constituições, os quais, permitem indução de um referencial sociológico, de valores, programas, funções e pessoas, ao mesmo tempo em que, dão importante funcionalidade ao sistema por meio de processos e procedimentos adequados à concretização, densificação e realização prática das mensagens normativas inseridas no texto constitucional.

Diante desta constatação, faz-se mister, de saída, deixar assente a noção de tal categoria jurídica.

Dentre algumas das possíveis acepções, princípio significa causa, origem, começo, fonte, início, matriz.

No sentido jurídico, os princípios são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação e a conformação do direito.

Com a maestria que lhe peculiariza, Roque A. Carraza citado por Leonardo zehuri Tovar (2005, p.05), consigna que princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

---

6. No dizer de Fredie Didier Junior (2005, p.26) Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: Subjetiva: De um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; Objetiva: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Afirma ele ainda que os princípios constitucionais processuais devem ser vistos como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 659 5/3/2007 12:35:35

Elucida,ainda, Leonardo Zehuri Tovar que (2005, p.01), hodiernamente, na fase interpretativo-constitucional em que se vive, os princípios jurídicos, sob quaisquer prismas que lhes sejam atribuídos o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade, ou seja, deixaram de desempenhar os princípios um papel secundário, para passar a cumprir o papel de protagonistas do ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante.

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, (2005,p.29) dispara que os princípios, por sua natureza, devem conviver harmonicamente. A sua pluralidade, e a conseqüente impossibilidade de submetê-los a uma lógica de hierarquização, faz surgir a necessidade de uma metodologia que permita a sua aplicação diante dos casos concretos.

Fala-se, segundo ele, nesse sentido, de ponderação dos princípios ou de aplicação da proporcionalidade como regra capaz de permitir a sua coexistência ou de fazer prevalecer um princípio diante de outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou, sem que o princípio não proferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto.

Averbou Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição lapidar:

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...] Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura. (2000 p.747-748).

Seguindo a mesma linha de intelecção, afirma Francisco Fernandes de Araújo (2002, p.20) que os princípios se acham na ordem jurídica positiva e constituem relevante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Esses princípios têm uma função negativa relevante no confronto do Estado de direito em contraposição ao Estado de não-direito; Estado democrático em oposição ao Estado-ditadura.

Conforme entendimento esposado por Miguel Reale, citado por Fábio Corrêa Souza de Oliveira:

> Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. (2003, p.18).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 660 5/3/2007 12:35:35

Vale realçar, que para conferir normatividade aos princípios a doutrina debateu e amadureceu reflexões que se iniciaram em meio às discussões travadas entre os jusnaturalistas e os juspositivistas, o que veio a ocasionar, em âmbito mais recente, através de uma nova forma de concepção, a chamada e já mencionada, ótica pós-positivista do Direito contemporâneo.

Não é dispendioso frisar, que há não muito tempo, os princípios eram tidos, apenas como meras exortações ideológicas, em que o legislador, para que pudesse construir uma norma jurídica de acordo com a moralidade e o bom senso, deveria apegar-se. Tinham, portanto, função supletiva de fonte de direito, critérios e fundamentos para justificação de uma ordem (ÁVILA, 2004, p.27).

É na idade do pós-positivimo[7], no entanto, que tanto a doutrina do direito natural como a do velho positivismo ortodoxo vem abaixo, em decorrência de reação intelectual comandada por Ronald Dworkin, jurista de Harvard.

Os princípios, então, passaram a serem tratados como direito, passam a ter carga normativa, não mais sendo necessária para a sua aplicação a existência de regra jurídica que os materializassem.

Destarte, é possível asseverar, que a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca na normatividade que lhes é inerente, converteu-se no "coração" das constituições.

Nesse ínterin, faz-se essencial destacar que para grande parcela da doutrina especializada tais como: Norberto Bobbio, Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Ana Paula de Barcellos, Humberto Ávila, dentre outros e na doutrina estrangeira vale registrar as posições, de grande relevo, de Robert Alexy, Ronald Dworkin e J. J Canotilho, os princípios e as regras figuram como espécies do gênero norma jurídica, os quais, corroboram do entendimento de que, assim como as regras, os princípios são normas dotadas de imperatividade.

Não é demais registrar que para Luís Roberto Barroso as regras são:

> Normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra

7. O pós-positivismo jurídico é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem as definições das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Sobre o tema não deixar de consultar: NUNES, Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 661 5/3/2007 12:35:35

> se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá permanecer. (2003, p. 338).

Evoluindo o seu raciocínio dita o autor (2003, p.339) que os princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes, indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas.

Por esta razão, sua aplicação deve dar-se pela ponderação[8] à luz do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema do tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Neste sentido, parece estar superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado.

Como normas, os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que impõem ao legislador a necessidade de criação de novas regras que venham a complementar o sistema ou microsistema em que estão insertos.

Portanto, não é dispendioso afirmar que os princípios são os pontos de partida ou regras–mestras para a correta interpretação do sistema jurídico.

Representam os princípios às traves mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam.

Ao longo dos anos, vários autores propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais teve grande repercussão doutrinária o embate de distinguir os princípios das regras.

Vale ressalvar, que não constitui o escopo, desse estudo, investigar todas as concepções acerca desta célebre distinção, porém, a titulo exemplificativo, serão exposados alguns entendimentos doutrinários de escol.

---

8. Na visão de Luis Roberto Barroso (2003, p. 345-346) a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. Ela está sempre associada às noções de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 662 5/3/2007 12:35:36

Com usual percuciência, assinala Humberto Ávila (2004, p.30) que podem ser elencados quatro critérios diferenciadores entre princípios e regras. Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.

Em segundo lugar, prossegue o autor (2004, p.31) há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos.

O critério por Ávila assinalado, num terceiro momento, é nominado de relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Em quarto lugar, por fim, ele identifica ainda o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

À guisa de conclusão, pode-se ainda afirmar que se reveste, o princípio, de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação, porém como toda e qualquer norma jurídica deve a eles respeitar, sua eficácia é e deve ser plena.

Nessa toada, a função essencial dos princípios, em razão de sua generalidade e vagueza, é abrir campo para o intérprete judicial incluir todas as situações e acompanhar a transformação da sociedade e os novos valores.

Muito bem posta à colocação de Luís Roberto Barroso (2003, p.341) ao ditar que, embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real – a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Se ocorrer o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito.

Adiciona o supracitado autor, que os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para a

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 663 5/3/2007 12:35:36

sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Complementando a idéia exposada acima bem expõe Rizzatto Nunes (2002, p. 19) que os princípios são, dentre as formulações deônticas de todo o sistema ético jurídico, os mais importantes a serem considerados por todos aqueles que de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam.

Continua o autor dizendo que nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e no alcance de todas as normas.

Essa Influência, por sua vez, tem uma eficácia efetiva real e concreta. Não faz parte apenas de um plano abstrato do sistema. Há de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta[9].

Processualmente, a otimização dos princípios verifica-se, de forma clara e ascente, pela aplicação direta deles aos casos concretos, mediante um esforço interpretativo do aplicador da norma, o qual, deparando-se com algum valor jurídico a ser protegido, utilizam na decisão o princípio garantidor que lhe corresponde.

Não há com se negar, hoje, para Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.24) a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Alias, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.

Ademais, a "cega" restrição do direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova idéia de justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social.

A normatividade dos princípios, bem como as cláusulas abertas, as quais serão tratadas, com maior profundidade, em outro ensaio, são fenômenos que de

9. Gustavo Zagrebelsky citado por Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.26) afirma que os princípios não se limitam a iluminar regras jurídicas, pois também conferem valor à realidade a partir do momento em que sobre ela se projetam. Os princípios dão valor normativo aos fatos indicando como a lei deve ser dimensionada para não agredi-los.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 664 5/3/2007 12:35:36

baseiam na necessidade de preencher as lacunas promovidas pela arcaica aplicação do método subsuntivo.

5. OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, SUA RELEVÂNCIA NO PROCESSO CIVIL E O PODER DE CRIATIVIDADE JUDICIAL

Faz-se mister, prefacialmente, destacar que o enquadramento do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil brasileiro permeia, sobretudo, a discussão sobre o escopo da jurisdição. Para tanto, faz-se necessário mergulhar no amplo debate das correntes dualista e unitária que pretendem explicar o processo civil.

No direcionamento do dualismo, tese clássica, defende que a posição do magistrado é em prol da atuação da vontade concreta do direito; por outro lado, a unitária pretende encontrar a unidade do ordenamento não a partir da separação entre o momento de criação da lei e o momento de aplicação da lei pelo Poder judiciário, porquanto considera que somente com a jurisdição é que se completa e vivifica o sistema jurídico.

A razão primordial da inserção da proporcionalidade, no diploma processual civil, está na verdadeira realização do acesso à justiça, vale destacar, acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de uma justiça substancial. No particular, bem expõe Gisele Góes:

> O acesso à justiça não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, porque, se a tutela jurisdicional não tiver meios de fazer cumprir suas decisões, não adiantará o ingresso com a ação, tendo em vista a inefetividade desse acesso à justiça.(2004, p.111).

A inserção do princípio da Proporcionalidade, no Direito Processual civil, é motivada não só pelo acesso à justiça, como também pela instrumentalidade do processo e pela sua efetividade.

É a proporcionalidade, um princípio jurídico cujas origens, já brevemente ventiladas, radicam na afirmação concreta dos direitos fundamentais.

É um princípio construído no bojo de um novo constitucionalismo, já ascente no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da carta magna de 1988.

De acordo com a festejada doutrinadora Gisele Góes, "O princípio da proporcionalidade representa uma realidade incontestável para o processo civil brasileiro" (2004 p.17).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 665 5/3/2007 12:35:36

É ele é uma realidade presente no Direito Brasileiro e estrangeiro[10]. No Brasil, verifica-se, ainda, o princípio da proporcionalidade expressamente mencionado no artigo 2º da nº. 9.784/99[11] – Lei de processo administrativo disciplinar.

Para bem entender a proporcionalidade Paulo Bonavides assegura que:

> Ele entra na categoria de princípios, os quais são mais fáceis de compreender do que definir, é preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional a consagrando expressamente, afigura-se inarredável sua presença "descoberta" no ordenamento jurídico Brasileiro, justamente por ter o Brasil feito à escolha política do Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica. (2001, p.358).

É de extrema importância à consideração feita pela festejada professora Gisele Góes ao dizer que: o princípio da proporcionalidade é claro, pressupõem um juiz aberto aos valores do seu tempo."Ninguém está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação da tutela jurisdicional adequada é inerente à função do juiz. Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social, ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada (2004, p.04)".

O novo juiz, exigido pela sociedade nos dias de hoje, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade diante da sociedade porque, a partir de agora tem maior gama de poder.

O jurista espanhol, Ernesto Pedraz Penalva, está de pleno acordo com Helenilson, ao dispor que a:

> Proporcionalidad es pues algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica e asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantias básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los Derechos y Libertades fundamentales (1990, p. 289).

Para Gisele Góes (2004, p.117) esse é o paradigma do juiz vinculado ao princípio da proporcionalidade na análise do Direito Processual Civil, porque, perante situações complexas, age fora do modelo da subsunção tradicional, comprometendo-se com a prestação jurisdicional efetiva e de justos resultados.

---

10. A constituição Portuguesa, por exemplo, tem previsão no seu artigo 18º (cf. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 411 e 423, e willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e direitos fundamentais*, p. 61).
11. "A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interrese público e eficiência".

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 666 5/3/2007 12:35:36

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade visa auxiliar na conformação de princípios no caso concreto, pela doutrina alemã é considerado um postulado, tendo em vista que, não traz norma específica, de vasto conteúdo material. Estabelece, por sua vez, um estado de coisas que precisa ser preservado.

Atende ele à ponderação de valores, auxiliando o aplicador do direito a estender ou diminuir a interpretação da norma à luz do caso concreto.

6. O NOVO PAPEL DESEMPENHADO PELO JUIZ À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prefacialmente faz-se necessário registrar que é na mitologia grega, através da figura de Zeus que muitos apontam o surgimento do primeiro juiz. Vale destacar que a imagem arquetípica do magistrado varia muito no tempo e no espaço e que um longo caminho histórico foi percorrido até que se chegasse à figura do julgador atual.

Na totalidade das culturas, um traço marcante, porém, deflagra a figura do juiz como sendo aquele que é dotado de poder seja este de origem divina, sobrenatural ou política.

No dizer de José Renato Nalini prefaciando Lídia Reis de Almeida Prado para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciá-lo desse ideal. É uma armadura a mais para afastá-lo do drama de que o processo está impregnado. (2003, p.11).

Neste particular, preleciona Lídia Reis de Almeida Prado citando José Liberato Costa Póvoa que:

> O pedantismo de certos magistrados antipatiza a justiça, além de manter afastados aqueles que buscam a confiança de uma decisão justa. É deplorável o vírus da juizite, que não raro, contamina os neófitos da Magistratura; mais deplorável é o juiz que com anos e anos de judicatura, teima em continuar com esse vírus. Desconhecem a humildade, antídoto contra o risco de se empenhar no jogo perigoso de se alcançar à justiça absoluta, quando a sua decisão, no máximo, poderá aproximar-se de um ideal humanamente impossível. (2003 p.46).

Atesta,ainda, a autora supracitada (2003, p.112) que parece estar em processo de superação, a clássica figura típica do dinamismo patriarcal, do magistrado neutro, ascético cumpridor da lei e distante das partes e da sociedade. E essa superação constitui uma das razões pelas qual a maioria dos juízes tem a consciência de que o judiciário precisa adequar-se às mudanças do tempo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 667 5/3/2007 12:35:37

Na lição de Piero Calamandrei é importante destacar que:

> Na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo severo, consegue escapar? (2000, p.175/176).

Por delongado tempo, prevaleceu como ideal do Estado liberal clássico, diante da sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, a rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. Não deveria a Lei tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o seu fim era dar tratamento igual às pessoas no sentido formal. Deveria ser a Lei "clarividente e cega".

É inegável dizer que essa intervenção trouxe repercussão para o Estado-Juiz, uma vez que de nada adianta "formatar" a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social.

Dizia Montesquieu, então:

> Que o julgamento deveria ser apenas "um texto exato da Lei", pois em assim não sendo constituiria "uma opinião particular do juiz" e, dessa forma, "viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos".(1973, p.160).

Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, demonstra que a segurança psicológica do individuo ou a sua liberdade política, estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na Lei.

Na sua clássica obra "Do espírito das Leis" revela, com clareza, o autor que: "os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da Lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem o seu rigor" (MONTESQUIEU, 1973, p.160).

Muitos autores ressaltam que o século XIX foi marcado pelo predomínio do formalismo jurídico e de uma concepção legalista do Direito, o qual, não possibilitava e nem admitia a compreensão do papel do juiz na elaboração do direito.

Vale destacar que a preocupação com o arbítrio do juiz acabou por gerar a idéia de que a sentença deveria limitar-se ao texto legal, ao mesmo passo que, também, tolheu do juiz o poder de exercer o *imperium*.

Com o passar do tempo e com a incessante evolução social, este quadro histórico sofreu e continua a sofrer inúmeras e significativas modificações, haja

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 668 5/3/2007 12:35:37

vista que a credibilidade do poder judiciário esta intimamente ligada com o exercício dos papeis sociais e a crença na figura da Justiça.

Percebeu-se com o correr dos anos, que seria impossível e por que não dizer inviável a perfeita regulação normativa para a complexa vida social, razão pela qual inexiste uma regra jurídica adequada para cada circunstância concreta.

Hoje, já é ascente o entendimento de que a função jurisdicional é uma atividade genuinamente criadora, pois, a concepção da sentença ou da decisão como sinônimo de silogismo caiu em descrédito, em virtude da defesa da idéia de que a obra do órgão jurisdicional traz sempre, em maior ou em menor medida, um aspecto novo, o qual, não estava contido na norma geral.

Lídia Reis (2003, p. 14) citando o pensamento de Luis Recaséns Siches -que é adepto do raciovitalismo que concebeu a lógica do razoável na interpretação jurídica -assevera que faz-se necessário atribuir relevância à criatividade e à intuição do magistrado nos julgados, os quais constituem o momento de individualização da norma aplicável ao fato submetido à jurisdição. Para o autor, na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional.

É preciso aqui registrar, mais uma vez, a necessidade que a sociedade e as instituições têm de manutenção de seus valores fundamentais que viabilizam a vida harmônica na coletividade. Valores dentre os quais se encontra a justiça, que não pode ser destruída pela mostra de suas fraquezas que devem ser tratadas e eliminadas.

Nesse diapasão, comenta Luiz Guilherme Marinoni:

> Há no direito contemporâneo, uma tendência em aumentar os poderes do juiz, com o objetivo de lhe conferir a possibilidade de tratar adequadamente do caso concreto. Antigamente, em razão da necessidade de limitação do poder judicial, derivada da garantia de liberdade dos cidadãos, a lei processual definia rigidamente o que podia ser feito pelo juiz. Com o passar do tempo, verificou-se que, diante das situações litigiosas, não seria possível dar a tutela adequada aos direitos apenas através das modalidades executivas previstas pela lei, as quais, obviamente eram desenhadas em abstrato, desconsiderando a diversidade de das situações conflitivas. (2005, p.660).

O juiz do estado moderno não só tem o chamado poder de polícia (consistente no poder de ordenar o processo, ou seja, de determinar, sem requerimento, que o patrono da causa de uma das partes entregue os autos do processo que indevidamente retém) como também os poderes de, sem requerimento da parte, isto é,

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 669 5/3/2007 12:35:37

de ofício, penalizar o litigante de má-fé, determinar prova para melhor elucidação dos fatos e determinar medida para assegurar o resultado útil do processo.

Nesse mesmo sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, afirmam que:

> Diante da feição publicista do processo, hodiernamente, não se admite mais o juiz como mero expectador da contenda judicial. Reconhecida a autonomia do direito processual e consolidada a sua natureza de direito público, a função jurisdicional ordinária torna-se um poder dever estatal, na qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do derradeiro quartel do séc. XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do andamento processual, mas também o poder de determinar a realização de provas, conhecer ex officio de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes. (2001, p.33).

Vale atentar, novamente, que para Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.54-55), em nome da liberdade dos cidadãos que foi sustentada por muito tempo, a neutralidade do juiz que, hoje, sabidamente é mito, supondo-se ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, ser a lei, como pretendeu Montesquieu, uma relação necessária fundada na natureza das coisas, além de predominar no processo o interesse das partes, e não o interesse público, na realização da "justiça".

Clama a nova conjectura social que o juiz utilize sensibilidade e intuição como métodos de penetrar na realidade, corrigindo as desfigurações advindas da busca do conhecimento através de conceitos.

Ademais, no hodierno estado democrático de direito e diante da imensa complexidade dos fatos da vida, que nem sempre encontram consonância com o mundo jurídico, não há mais como não conceber um aspecto importante da sentença, qual seja a personalidade do juiz, sobre a qual influem à educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a filiação e opnião política, os traços intelectuais e temperamentais.

Na avaliação minuciosa de Mauro Cappelletti:

> Foi o sistema do moderno constitucionalismo, caracterizado pelas "justiças constitucionais" os quais estabeleceram constituições rígidas, que reconhecem os direitos fundamentais e instituem normas prevalentemente de valor, consistentes em fórmulas necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas a serem permanentemente concretizadas. Ao lado disso, criam-se mecanismos de controle de constitucionalidade. No desempenho dessa função, a justiça constitucional assumiria dupla feição: é "justiça legal" -pois aplica, interpreta a Constituição – e é "justiça de equidade" ("política discricionária") – vez que há um acentuado caráter criativo na definição concreta dos conceitos vagos e genéricos, cambiáveis no tempo e no espaço.(1999, p.95-97).

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 670 5/3/2007 12:35:37

Logo, mais do que isso, hoje é assente o debate e a discutível assimilação entre "juízo de eqüidade", "discricionariedade" e a liberdade na aplicação das normas veiculadoras de fórmulas amplas que no dizer de Barbosa de Moreira (1988 p.69) é indiscutível a recorrência do legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, ao momento da subsunção, o cuidado de "preencher claros, de cobrir os espaços em branco".

Consubstanciado no mesmo entendimento, Eduardo Talamini os conceitua como:

> Providências que assegurem resultado prático equivalente, fundamento relevante da demanda, receio de ineficácia do provimento final, multa "suficiente e compatível" com a obrigação, "prazo razoável" para cumprimento do preceito; "medidas necessárias" para a obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente.(2003, p.376-377).

Segundo o autor, Owen Fiss (2004, p.154-155) a separação universal dos poderes é essencial para a busca da justiça, no entanto, defende ele a idéia de que fatos como nomeação e promoção podem servir como influência contínua a ensejar um sentimento de gratidão que geram orientações judiciais tendenciosas.

De forma clara e bem fundamentada é feliz Eduardo Talamini ao comentar que:

> O legislador brasileiro passou a adotar a técnica da concessão dos deveres genéricos, conceitos jurídicos indeterminados, os quais tiveram como via de conseqüência uma forte tendência de discricionariedade nas decisões judiciais haja vista que, se estabeleceu grande margem de indefinição dos comandos normativos e abstratos ainda maiores do que já se revestiu outrora, com a conseqüente ampliação da "liberdade" do agente incumbido em aplicá-los. (2003, p.379).

A partir das idéias postas, não se pode conceber a existência de um magistrado eqüidistante à complexa realidade do seu tempo.

Diante do novo Constitucionalismo que trouxe á baila a valorização dos direitos fundamentais[12], em especial à dignidade da pessoa humana, não há mais se falar num magistrado estritamente vinculado aos paradigmas da lei.

---

12. A Constituição Federal confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, CF), seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF), e assim protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 671 5/3/2007 12:35:37

Tal premissa parece ganhar grande espaço na atual conjectura jurídica. Entretanto,de acordo com Gisele Góes a indagação que permanece é a seguinte: "Os membros do poder judiciário, quando interpretam os enunciados jurídicos, podem criar algo fora do preexistente?" (2004, p.04). Segundo a autora em comento:

> Após esse percurso no seio da origem da formação dos juiz-perfeitamente talhados para a interpretação e aplicação fria da lei, imbuídos no mito da neutralidade e imparcialidade-observa-se que a cultura jurídica, por longo período de tempo até hoje, é ardorosa defensora de que o discurso judicial se restringe a sedimentar o direito declarado pelo Poder Legislativo. (2004, p.06).

Segundo o lapidar pensamento de Willis Santiago Guerra Filho (1997, p.37-38), a atividade judicial não se reduz à mera aplicação de direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidência mesmo na tão atacada doutrina Kelseniana, na qual a sentença aparece com uma norma jurídica, diversa daquela geral e abstrata em que costuma basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas.

Assim, resta consagrada a liberdade do intérprete. A acepção do signo "interpretar" é plurívoco, devendo, assim, ser conceituado como ato de compreender, atualizar, concretizar e materializar o fenômeno normativo.

Neste particular, conclui-se que se a liberdade do intérprete é pressuposto essencial da própria existência do discurso judicial, neste contexto, emerge, na seara jurídica, uma grande discussão sobre a controlabilidade ou não do ato interpretativo, como fenômeno prospectivo do Poder Judiciário em nível de decidibilidade.

Inserido nessa construção, o ato interpretativo é fonte de incertezas e probabilidades de um agigantamento da classe dos magistrados. Cabe ao juiz o exercício de um papel político, pois, espelha a relação dialética que há entre o enunciado jurídico, o intérprete e o contexto social.

Ora, é pouco mais do que evidente que isso tudo fez surgir um outro modelo de juiz, sendo apenas necessário, neste momento, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou.

Ele deve efetivar a tutela jurisdicional de forma célere e leal, através da utilização de instrumentos eficazes à concretização da equidade e da justiça.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 672 5/3/2007 12:35:37

Esse é o paradigma do juiz atrelado ao principio da proporcionalidade na análise do direito Processual Civil, porque, perante situações complexas, age fora do modelo de subsunção tradicional, comprometendo-se a prestação jurisdicional efetiva e de resultados justos.

7. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, parece útil apresentar um breve resumo dos objetivos deste estudo, por meio dos quais se poderá ter uma visão de conjunto da pesquisa, para, em seguida compendiar de forma mais analítica as idéias desenvolvidas ao longo do texto.

1) A raiz histórica da idéia de proporcionalidade caracteriza limite ao arbítrio e à onipotência do poder estatal. Traduz medida esteticamente bela e substancialmente justa, inerente à natureza humana.

2) Para o pensamento positivista jurídico exacerbado, a estabilidade social só seria alcançada com a autolimitação à lei.

3) Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula capaz de possibilitar a aplicação do direito, a saber: premissa maior-a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos-e produzindo como conseqüência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como foi demonstrada ,no presente trabalho, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais hordieiramente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção é limitada, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, soa cada vez mais freqüentes.

4) Ao longo do tempo, verificou-se que a interpretação jurídica tradicional, ou clássica, não mais supria as carências no mundo atual.

5) A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um novo e denso conjunto de idéias, identificadas sob o rótulo de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito e cego característico do modelo positivista normativista, também conhecido como exegético, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo.

6) A nova interpretação constitucional, por sua vez, atribuiu normatividade aos princípios, os quais, passaram a figurar como espécie do gênero-norma, ao lado das regras. Além disso, reabilitou a argumentação jurídica, viabilizou

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 673 5/3/2007 12:35:38

a formação de uma nova hermenêutica constitucional e, em especial, desenvolveu uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a idéia da dignidade da pessoa humana.

7) Não há tanto tempo, os princípios eram concebidos como meras exortações ideológicas. Tinham, dessa forma, função supletiva de fonte do direito. Porém, é cediço que atualmente eles possuam força normativa, são dotados de imperatividade.

8) À guisa da exposição, conclui-se que os princípios se distinguem das regras, as quais figuram como relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, ao passo que os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam as condutas a serem seguidas e se aplicam a um conjunto mais amplo de situações.

10) Constatou-se, como se não bastasse, que é irrealizável a completa previsão legal pelos textos normativos de todos os fatos postos à apreciação do poder judiciário. Uma legislação marcada pela "inflação" e pela variabilidade de suas normas, acaba sendo passível de contínuo trabalho interpretativo, trazendo ainda como conseqüência um repasse de criatividade ao operador do direito.

11) Não sanou o legislador, o tão imbricado problema da completude do ordenamento jurídico. Ao revés, o Brasil é um país recordista na produção legislativa, que, em sua grande maioria, não possui aplicabilidade prática.

12) O princípio da Proporcionalidade viabiliza o efetivo controle das leis além de fornecer ao magistrado um instrumental prático formidável para alinhar o processo aos valores da justiça, segurança e paz social.

13) A proporcionalidade configura-se como valor superior do ordenamento jurídico. Impõe-se como instrumento essencial ao poder judiciário, haja vista que funciona como instrumento de resolução dos conflitos entre princípios e normas.

14) É nítida e cristalina a atuação do princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Processual Civil. A sua utilização funda-se na necessidade de garantia do acesso à justiça, a efetividade e instrumentalidade do processo.

15) Firmou-se que é da noção do devido processo legal (Due process of law), em seu sentido substancial, que se depreende o principio da proporcionalidade. Defendeu-se, portanto, a indissociável conexão desse princípio com a cláusula constitucional do devido processo legal substantivo.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 674 5/3/2007 12:35:38

16) Adotou-se como premissa, nesse trabalho a similitude entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Assim, chegou-se à conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos.

17) A ciência do direito funda-se primordialmente na linguagem, ao mesmo tempo em que, o discurso judicial é verdadeiro diálogo que suscita para o juiz uma constante interpretação, visto que para a aplicação do direito e para a tomada de decisões ele deve optar entre as múltiplas possibilidades.

18) Pontuou-se, brevemente, a superação da figura do magistrado neutro, eqüidistante das partes e da realidade. Com a incessante evolução social, este quadro histórico foi modificado e o direito passou a clamar por um novo juiz dotado de maior parcela de poder e antenado com os ideários do Estado Democrático de Direito.

19) É necessário, enfim que o juiz do futuro seja um cultor de um novo direito. Capaz de levar em consideração não somente as necessidades novas, que emergem desta multifacetária sociedade, mas, sobretudo, que se proponha a prestar a tutela jurisdicional de forma leal e célere.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção Pós-positivista do princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, nº 236, abril-junho 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *Revista de Direito Administrativo*, nº 223, janeiro-março 2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade:* significado e aplicação prática. Campinas: Editora Copola, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de Proporcionalidade. *Revista Diálogo jurídico*. nº 4, ano I, vol. I, 2001, p. 1-36. Disponível em: www. direitopublico.com.br . Acesso em: 11 ago. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 675 5/3/2007 12:35:38

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo jurídico*, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br >. Acesso em: 3 out. 2005.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito Brasileiro. In: Luís Roberto Barroso (COORD). *A nova interpretação Constitucional.* Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz.* 3.ed. rev. atual. São Paulo: Millennium, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico.* Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone,1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós os advogados*. São Paulo: Livraria Clássica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição.* 3.ed. Coimbra: Livraria Almeidina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 17.ed. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 676 5/3/2007 12:35:38

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do poder executivo.* 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. *Princípios Jurídicos e Indeterminación Del Derecho.* DOXA, Génova, n. 21-II, 1998, p. 89-104.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR, Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva.* 5. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério.* Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIDIER JR, Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva.* 5. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério.* Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jamarilho. *O devido processo Legal*. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Principio da proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

HART. Herbert L. A. *O conceito de Direito.* Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LEITE, George Salomão. *Dos princípios Constitucionais:* considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros s, 2003.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 677 5/3/2007 12:35:38

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido Processo Legal Substancial*. In: Fredie Didier Jr (org) Leituras Complementares de Processo Civil. 3.ed. rev. e ampl. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005; p. 1-21.

LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico.* Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Ajuris, nº 49, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela.* 8 ed.rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A jurisdição no estado constitucional.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br >. Acesso em: 18 set. 2005.

_____. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br >. Acesso em: 04 out. 2005.

_____. *A Questão do Convencimento Judicial.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br >. Acesso em: 04 out. 2005.

_____. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em: 05 mar. 2005.

_____. *Técnica Processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NALINI, José Roberto. *O juiz e o acesso à justiça.* 2.ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil e na Constituição Federal.* 6.ed., vol. 21. São Paulo: Coleção Eurico Tullio Liebman, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica.* 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 678 5/3/2007 12:35:39

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios:* o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003b.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social.* Jus Navigandi, Teresina, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=20525>. Acesso em: 08 mar. 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo:* julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdición y proceso*. Madrid: Editora Akal, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direto Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no Processo Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.* Limites e possibilidades. São Paulo: Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. rev. ampl e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SCOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*. Tradução Ingo Wolfgang sarlet. Porto Alegre: Ajuris nº. 75, 1999.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Jusnaturalismo e Juspositivismo Jurídico*: as primas-irmãs da Modernidade. Disponível em: <http: //www.Mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25 jul. 2005.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 679 5/3/2007 12:35:39

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*: *uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito.* São Paulo: Renovar, 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico.* Jusnavigandi, Teresina, a 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>. Acesso em: 08 set. 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 680 5/3/2007 12:35:39

Capítulo XXIV
O Juiz Natural e a competência das varas de substituição do Estado da Bahia

*Sebástian Borges de Albuquerque Mello**

Sumário • 1. O "bom juiz". 2. Estado de Direito, Legalidade e Jurisdição. 3. O Juiz Natural. 3.1. O Juiz Natural e a Legalidade. 3.2. O Juiz Natural e a impossibilidade de fixação retroativa da competência. 3.3. O Juiz Natural e a taxatividade da competência. 4. O Juiz Natural e os substitutos. 5. As Varas de Substituição no Estado da Bahia e o Juiz Natural. 5.1. A Legalidade. 5.2. A Irretroatividade. 5.3. A Taxatividade. 6. Sugestões. 7. Referências bibliográficas.

1. O "BOM JUIZ"

O filósofo iluminista Rousseau, em meados do século XVIII, criou o mito do bom selvagem, isto é, o ser humano que nasce bom e sem vícios, que depois seria corrompido pela sociedade civilizada. No Direito, incorpora-se esse mito na figura do "bom juiz", aquele cidadão prudente, ponderado, sábio, com conhecimento jurídico e visão humanista. Aquele que decide de acordo com certos valores, como dignidade, liberdade, igualdade, bem-estar social. Um juiz que, ao mesmo tempo, é o porta-voz da lei e da justiça.

Ninguém discute ou duvida de que muitos juízes buscam observar todos estes valores no exercício da jurisdição. E, na mesma ordem de idéias, ninguém, em tese, seria capaz de dizer que um magistrado que se orienta por tais valores seria um "mau" juiz.

Entretanto, o caso concreto pode revelar nuances distintas sobre o conceito de "bom juiz". Assim como no futebol há a máxima de que *"pênalti bem batido é o que é convertido em gol",* há uma tendência comezinha de considerar "bom" ou "mau" juiz aquele que profere decisão favorável ou desfavorável, dependendo do caso concreto.

É compreensível que o cidadão atue dessa maneira, avaliando o magistrado na medida em que o mesmo atenda ou não seus interesses. Um juiz, antes tido

* Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, professor de Direito Penal da Unifacs, Faculdades Jorge Amado e Faculdades Ruy Barbosa.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 681 5/3/2007 12:35:39

como "bom", pode transformar-se em "mau" a partir do conteúdo de suas decisões, ou vice-versa.

Todavia, mesmo abstraindo os interesses e as paixões do caso concreto, correria muita tinta para definir, enfim, o "bom" juiz. Isso porque a classificação de algo como "bom" ou "mau" está no plano axiológico dos valores, apenas, não tendo como ser facilmente transposto para a realidade deôntica do direito[1]. O mesmo pode ser dito acerca das decisões judiciais. Seria, no plano jurídico, evidente a dificuldade de classificar as decisões em "boas" ou "más".

O certo é que o cidadão não tem garantia legal ou constitucional de ser julgado por um "bom" juiz, nem tampouco tem direito a uma "boa" sentença. Sem querer pormenorizar a já secular discussão acerca da natureza do direito de ação, se abstrato ou concreto, já está consolidado o entendimento de que o autor não tem o direito de obter em juízo uma decisão favorável, mas sim uma decisão definitiva e efetiva, motivada e fundamentada na ordem jurídica de na Constituição[2]. Assim, não podem as partes recusar um juiz por ele ser conservador, liberal, rigoroso ou moderado.

Malgrado seja um juiz, pelas suas convicções, tachado de "bom" ou "mau", e suas decisões sejam tratadas, a partir de seu conteúdo, como "boas" ou "más", essas valorações classificatórias, em si mesmas, não serão determinantes para que uma das partes, ou mesmo o poder político, possa exigir do juiz decisões neste ou naquele sentido.

No plano da comunicação normativa, o juiz funciona como um terceiro, um comunicador normativo, que entra, em relação às partes, fortalecido na discussão, não estando obrigado a atender às expectativas normativas das partes. No aspecto, sustenta Ferraz Jr.[3] que a atividade lingüística do juiz, como comunicador normativo, é peculiar, pois, dirigindo-se a um conflito de interesse entre as partes, *"torna irrelevante as expectativas dos endereçados perante a sua própria expectativa, as quais, não importa se são ou não ajustadas, passam a vigorar conforme a sua."* Isso porque, segundo o referido autor, não é função deste comunicador normativo solucionar um conflito, mas, tão-somente, encerrá-lo, pondo-lhe um fim através da prestação jurisdicional.

1. Sobre o assunto, ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales,* Madrid, 2002, p. 141.
2. ROCHA, José de Albuquerque, *Teoria Geral do Processo,* 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 167.
3. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Teoria da Norma Jurídica,* 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 44.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 682 5/3/2007 12:35:39

Em suma, cabe ao juiz examinar o conflito e decidi-lo, pondo-lhe um fim, em face da definitividade da jurisdição. Não há, contudo, obrigação de decidir desta ou daquela maneira. As partes não podem, e nem o Poder Político tampouco, afastar ou escolher o juiz pelo conteúdo de suas decisões. Podem, no máximo, em face do princípio do duplo grau de jurisdição, fazer com que outro órgão jurisdicional reexamine seu conteúdo. É a chamada "reserva de sentença[4]", pela qual uma decisão judicial só poderá ser modificada por outro pronunciamento jurisdicional. Nem ato das partes nem provimento administrativo ou legislativo poderá interferir no conteúdo de uma decisão judicial.

Qualquer ingerência do Poder Político no conteúdo da decisão judicial viola não apenas o princípio da separação de poderes, como também o conceito moderno de jurisdição. O Poder Judiciário, para que cumpra regularmente seu desiderato, não deve estar comprometido com as partes ou com qualquer interesse discutido no processo. O Magistrado, assim como a jurisdição, não está subordinado a qualquer vinculação ou diretriz política preconstituída, nem mesmo está subordinado à vontade da maioria. Neste sentido, Canotilho[5]:

> "... a posição constitucional do juiz não é pautada pelo carácter de representatividade, exigida, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça 'em nome do povo' (e, nesta medida, realizarem os interesses de todo o povo), os juízes não desenvolvem, como órgãos político-representativos, actividades de direcção política".

Merece menção, na mesma senda, o pensamento de Ferrajoli[6]:

> "Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade. E qualquer condicionamento de poder externo, ainda que ética ou politicamente confiável, não só não contribui para o alcance da verdade como, ao contrário, desvia-se de tal fim. O princípio da autoridade, mesmo se a autoridade for 'democrática' é exprimir a maioria ou até mesmo a unanimidade dos cidadãos, não pode jamais ser um critério de verdade."

De fato, o Poder Judiciário está comprometido com a vontade da maioria na única e exclusiva medida em que deve decidir de acordo com a Constituição e demais regras do ordenamento jurídico. Mas pode o juiz decidir contra a vontade da maioria, pois a efetividade dos direitos pleiteados em juízo não se submete os

4. TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.
5. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
6. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 437.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 683 5/3/2007 12:35:39

critérios de oportunidade, discricionariedade ou submissão à vontade "do povo", pois jurisdição não é eleição nem plebiscito. Invoca-se nesse sentido, o conhecido pensamento de Alexis de Tocqueville[7], criticando o que chama de tirania da maioria: *"quando sinto a mão do poder pesando em minha fronte, pouco me importa saber quem me oprime, e não me sinto mais disposto a enfiar a cabeça debaixo do jugo porque um milhão de braços o oferecem a mim."*

O Magistrado não tem compromisso com a vontade da maioria ao decidir um caso concreto. Tem liberdade e independência para contrariar o Poder Executivo, o Poder Legislativo, uma ou ambas as partes, e mesmo a vontade esmagadora da população. Basta que o juiz entenda, nos quadros da ordem jurídica e diante de um processo que lhe foi confiado, que há ou não direito lesado, merecedor ou não de tutela. E deve o juiz decidir de acordo com essa convicção normativa, e não de acordo com aquilo que, pelas mezinhas da "opinião pública", seja considerada uma "boa" ou "má" decisão. Os limites da decisão judicial são os próprios limites da atuação do Estado de Direito no caso concreto.

2. ESTADO DE DIREITO, LEGALIDADE E JURISDIÇÃO

A independência do magistrado em relação aos demais órgãos do Poder, bem como a sua não vinculação com qualquer diretriz política ou ideológica, constituem corolário do Estado de Direito e sucedâneo dos ideais iluministas de separação de poderes surgidos no Século XVIII. No aspecto, segundo o célebre pensamento de Montesquieu[8], *"tudo estaria perdido se uma só pessoa, ou um só corpo de notáveis, de nobres ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as Leis, o de executar as decisões públicas e o de punir os delitos ou contendas entre os particulares*".

O Estado de Direito Moderno, para além da concepção de Montesquieu, determinou papéis institucionais diferenciados para os Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário. Desta forma, o poder do Estado, embora permaneça uno, não mais se personifica na figura da autoridade divina ou na do monarca. Como sustenta Temer[9], o mérito da doutrina iluminista não foi identificar quais seriam as funções do Estado, mas sim criar um sistema de órgãos distintos e independentes para o exercício das três funções estatais, que, através de um sistema de freios e

7. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia/Edusp, 1977.
8. MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, *O espírito das leis,* Coleção a Obra Prima de Cada Autor - Série Ouro, São Paulo, Martin Claret, 2002.
9. TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional,* 12ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.119.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 684 5/3/2007 12:35:40

contrapesos, contém os abusos e excessos. (sistema do *check and balance*, a que faz referência o constitucionalismo americano[10]).

A divisão das atividades estatais, segundo o sistema clássico de separação de poderes, dificulta o arbítrio e limita os excessos no exercício do poder, costumeiros na história da humanidade. Esse limite se torna mais evidente quando estas três atividades que formam o Poder estatal são submetidas ao Direito, representado pela Constituição e demais leis escritas. É a famosa submissão do Estado ao Direito, assim tratado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[11]:

> "Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidos dos demais, o princípio da justicialidade."

As leis escritas passaram a ocupar um lugar de excelência, como a própria representação suprema da vontade dos cidadãos, à qual o próprio Estado deve se submeter. Com efeito, a fonte de legitimação do Direito não está em nenhum poder ou autoridade transcendente à comunidade, mas na própria comunidade, que estabelece, através das leis, as regras às quais devem se submeter governantes e governados.

Como sustenta Canotilho[12], a idéia de Estado de Direito é oriunda da Teoria do Estado do liberalismo, e surge vinculada a dois pressupostos que constituirão a sua verdadeira *ratio essendi*: a idéia de legalidade de toda atividade estadual (elemento formal do Estado de direito) e à idéia de realização da justiça, como fim primário do poder estatal (elemento material).

A Lei passou a ocupar lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos muito mais pela necessidade de segurança e certeza do que propriamente pela fixação de seu conteúdo. Salienta Sanchis[13] que a reivindicação da lei como forma exclusiva de regulação representava, por um lado, o fim do Estado absoluto e o monopólio de poder conferido ao monarca, e, por outro, o anúncio de um Estado liberal empenhado na garantia de um âmbito seguro de imunidade em favor de sujeitos privados e juridicamente iguais.

---

10. Sobre o sistema constitucional Americano, SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano,* Forense, Rio de Janeiro, 1966.
11. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição,* 3ª Ed., São Paulo, saraiva, 2004, p.23.
12. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.355. Na obra, o autor refere-se à caracterização "especificamente alemã" do Estado de direito.
13. SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos,* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998., p. 8.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 685 5/3/2007 12:35:40

Obviamente, a idéia de Estado de Direito evoluiu para além de um modelo de Estado constitucional que estabelecia limites negativos à atividade estatal. No entanto, a submissão do Estado à legalidade criou, pela primeira vez, um sistema de direitos e garantias fundamentais do cidadão, a partir das quais seus direitos e interesses seriam protegidos através do próprio Direito, isto é, através de "*um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito.*"[14]

Esta dimensão do Estado Direito significa que, além de reconhecer os direitos atribuídos a cada cidadão, o Estado tem o dever de pôr à sua disposição os meios práticos necessários para o gozo amplo desses direitos; de nada adiantam garantias materiais, sem garantias processuais para a sua efetivação.

E essa garantia de direitos individuais se concretiza através do que Ferreira Filho chama de justicialidade[15], afirmando, com arrimo na doutrina de Carl Schmitt, que deve haver uma "*conformação judicial geral de toda a vida do Estado*", isto é, na existência de um procedimento contencioso para decidir os litígios, sejam eles entre particulares, entre particulares e o Estado, ou mesmo entre autoridades do próprio Estado.

De nada adiantaria assegurar, em tese, o primado da legalidade, caso não houvesse um órgão, ou um conjunto de órgãos encarregados de dizer o direito no caso concreto. E isso se faz por intermédio da atividade jurisdicional.

Através do juiz, o cidadão, sentindo-se lesado em seu direito, procura o Estado-Juiz para obter um pronunciamento definitivo acerca do mesmo. E desta forma, os direitos, individuais ou coletivos, públicos ou privados, serão reconhecidos no caso concreto, e efetivados coercitivamente, mesmo com o recurso da força, legitimada pela sentença.

Não é objetivo deste trabalho pormenorizar as concepções e a evolução do conceito de jurisdição, nem discutir as concepções de Chiovenda, que atribui à jurisdição o caráter substitutivo[16], e Carnelutti, que parte da premissa de que a jurisdição é atividade do Estado destinada à "composição de lides"[17]. O certo é que a jurisdição deve ser dotada de características especiais, que visem assegurar a realização do direito no caso concreto, mesmo contra o interesse de uma

14. CANOTILHO, J.J. Gomes, cit., p.361.
15. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, cit., p. 32.
16. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. 1. Campinas, Bookseller, 1998.
17. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Vol. I, ed. Servanda, São Paulo, 1999.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 686 5/3/2007 12:35:40

ou de ambas as partes, mesmo indo de encontro às diretrizes políticas do Poder constituído, ou contrariando a vontade da maioria. Para assegurar as liberdades e direitos individuais, o exercício da jurisdição pressupõe separação absoluta entre quem diz o direito e quem o edita e o executa[18]. No célebre pensamento de Montesquieu[19], *"não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor"*.

E essas características são relacionadas à imparcialidade e independência daquele que exerce a Jurisdição. Segundo Rocha[20], como a jurisdição tem como finalidade garantir a eficácia da própria ordem jurídica, o juiz deve ser necessariamente um terceiro em face das partes e dos interesses em conflito.

Ferrajoli[21] sustenta esse requisito de imparcialidade do juiz na sua colocação institucional – externa para os sujeitos da causa e para o sistema político, estranha aos interesses particulares e gerais. Nas palavras do Autor:

> "Chamarei de **eqüidistância** ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; **independência** à sua exterioridade ao sistema político em geral e a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e determinação de suas **competências** para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido a juízo."

A equidistância em relação ás partes é imprescindível para que o eventual interesse do juiz na decisão da causa não venha a macular o regular exercício da jurisdição. A imparcialidade, como garantia abstrata de isenção, significa que o juiz não deve possuir qualquer interesse numa ou noutra solução do litígio, para que possa decidir de acordo com a ordem jurídica, de acordo com sua convicção, a partir dos fatos que considera ou não provados.

A partir do momento que o Estado assume o monopólio da jurisdição, vedando que a parte faça justiça com as próprias mãos, utilizando sua própria força para satisfazer sua pretensão, assume, por conseguinte, a obrigação de atuar de forma isenta, e isso constitui verdadeira garantia do cidadão, que deposita confiança na isenção da prestação jurisdicional.

---

18. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, cit., p.35.
19. MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, *O espírito das leis,* Coleção a Obra Prima de Cada Autor - Série Ouro, São Paulo, Martin Claret, 2002.
20. ROCHA, José de Albuquerque, cit., p..81.
21. Cit., p.464.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 687 5/3/2007 12:35:40

Desta maneira é que a Constituição de 1988 estabelece uma série de restrições às atividades dos Magistrados, como garantia de sua imparcialidade. O art. 95, parágrafo único, da Carta Magna, veda o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério, a proibição de receber custas ou participação de processo, bem como de receber auxílios e contribuições de pessoas físicas, públicas ou privadas, ou a proibição de se dedicar à atividade político-partidária.

Na esteira da garantia de imparcialidade, os diversos sistemas processuais contêm dispositivos, visando afastar o magistrado que, por interesse pessoal, relações de parentesco, amizade ou inimizade, termine por se posicionar no processo tendencialmente de forma mais favorável ou desfavorável a uma das partes. É o respeito à idéia hobbesiana de que ninguém é bom juiz em causa própria[22], isto é, não pode ser juiz pessoa a quem favoreça a esperança de obter maior ou menor satisfação ou utilidade com a vitória ou derrota de quem quer que seja.

Além da eqüidistância em relação às partes, o juiz deve possuir independência para oferecer a prestação jurisdicional, sem que o conteúdo de suas decisões venha a lhe acarretar qualquer espécie prejuízo funcional.

Os fundamentos externos ou políticos da independência, como pondera Ferrajoli[23], são os mesmos que legitimam a jurisdição. E exigem que a independência da função seja assegurada à magistratura enquanto classe, nos confrontos com os outros poderes, e também ao magistrado como indivíduo, nos confrontos de poderes hierárquicos internos à classe que, de algum modo, podem ser capazes de influenciar a autonomia de julgamento.

Desta forma é que a Constituição Federal de 1988 proporciona a independência do Poder Judiciário como um todo, quando, no seu artigo 96, assegura o autogoverno, através de atividades administrativas e normativas de auto-regulamentação e auto-organização, bem como da garantia de autonomia financeira. Além disso, assegura independência aos magistrados, no artigo 95, quando trata da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos.[24]

Tais garantias servem, justamente, para que os magistrados disponham de independência na formação do seu convencimento, livre de injunções ou interferências externas, advindas de outros poderes ou de outros magistrados. Ainda

22. *Caeca est in propriis rabulae sententia causis.*
23. FERRAJOLI, Luigi, cit. p. 468, 1º parágrafo.
24. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo,* 16ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 162.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 688 5/3/2007 12:35:40

que um Tribunal tenha competência para reformar ou anular uma decisão de um juiz singular, de acordo com as estruturas previstas na Constituição, nos códigos e nas leis de organização judiciária, não terá esta mesma Corte poderes para determinar que o Juiz decida desta ou daquela maneira. Em caso de reforma, a decisão do juízo de grau inferior pode ser substituída pela decisão do Tribunal. Mas a decisão que reforma ou anula julgado não significa um imperativo para que o Magistrado cuja sentença foi modificada decida no mesmo sentido que o Tribunal.

Portanto, o jurisdicionado não tem direito a um "bom juiz", no sentido em que foi exposto no primeiro capítulo, pois não tem direito ao conteúdo de uma sentença. Tem, contudo, direito a um Magistrado imparcial e independente, para que a prestação jurisdicional seja efetiva, evitando-se dirigismos na condução do processo e a quebra de toda lógica do sistema jurisdicional.

3. O JUIZ NATURAL

As garantias de imparcialidade e independência estão estreitamente vinculadas à garantia do Juiz Natural. Ela constitui um princípio inerente à atividade jurisdicional. Muito se diz acerca das origens históricas do princípio. O certo é que, como ponderam Grinover, Fernandes e Gomes Filho[25], as primeiras manifestações jurídicas neste sentido estão presentes no ordenamento britânico, remontando à *Carta Magna* de 1215, e, já no século XVII, a *Petition of Rights*, de 1826 e o *Bill of Rights,* de 1688. Posteriormente, dito princípio desenvolveu-se no constitucionalismo americano (desde a *Declaração da Virgínia,* de 1776) e Francês (presente inicialmente na Lei de 24.8.1790, e depois explicitada na Constituição Francesa de 1791).

Vinculado intrinsecamente com o ideário iluminista, o princípio do Juiz Natural assegura ao cidadão o direito de ser julgado por um magistrado cuja competência é geral e preconstituída.

E esta condição de naturalidade do juiz é intrínseca à própria jurisdição, como bem assevera Ada Pellegrini Grinover[26]:

> "A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e em decorrência disso, a 'imanência do juiz no processo', pela completa jurisdicionalização deste, leva

25. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance E GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no Processo Penal,*8ª Rd., São Paulo, RT, 2004 *p.* 53.
26. *O Princípio do Juiz Natural e sua dupla garantia*. Revista de processo, n.º 29, jan-mar 1983, p. 11.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 689 5/3/2007 12:35:41

> á reelaboração do princípio do Juiz Natural, não mais identificado como atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do Juiz Natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o Juiz Natural, não há função jurisdicional possível."

Na lição de Jorge de Figueiredo Dias[27], o princípio do Juiz Natural sustenta-se em três alicerces: a) põe em evidência o plano da fonte, de modo que apenas a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) traz um ponto de referência temporal, no que se refere à irretroatividade da fixação desta competência; c) procura vincular uma ordem taxativa de competência que exclua qualquer alternativa a decidir de forma arbitrária ou discricionária.

Cumpre analisar, desta forma, cada um dos fundamentos que sustentam o princípio do Juiz Natural, de acordo com os arrimos propostos por Figueiredo Dias. Adelino Marcon[28], tendo em vista o esquema proposto, faz a seguinte observação: *"O esquema a se aferir é simples: previsão em lei; previsão em lei anterior ao crime; previsão em lei anterior ao crime que fixa a competência de forma taxativa"*. Neste tripé, legalidade, anterioridade e taxatividade, sustenta-se o princípio do Juiz Natural.

3.1. O Juiz Natural e a legalidade

O princípio do Juiz Natural caminha na mesma rota do princípio da legalidade. Ambos os princípios foram desenvolvidos e sedimentados no mesmo momento histórico, com base nos postulados ideológicos do iluminismo, de tal sorte que a garantia do Juiz Natural pode ser identificada com a garantia de um juiz legal. Como pondera Alberto da Silva Franco[29], "*numa primeira angulação, o princípio do Juiz Natural requer a existência de lei que estabeleça quem deva julgar (portanto, o juiz), e em qual área deva exercer a jurisdição (portanto, a competência desse juiz)"*.

E essa legalidade se verifica, em primeiro lugar, na obrigatoriedade de que os órgãos Jurisdicionais tenham previsão constitucional, isto é, só podem exercer a jurisdição, como expressão de uma das funções soberanas do Estado, os órgãos

27. *Direito Processual Penal*. Coimbra, Coimbra Ed., 1974, p. 322/323.
28. MARCON, Adelino, *O princípio do Juiz Natural no Processo Penal,* Curitiba: Juruá, 2004, p. 115.
29. FRANCO, Alberto da Silva & STOCO, Rui [coord], *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial,* vol. 1, 2ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 566

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 690 5/3/2007 12:35:41

jurisdicionais instituídos pela Constituição[30]. Isto significa que nenhum ato infraconstitucional poderá instituir um novo órgão dotado de jurisdição.

O monopólio de instituir a jurisdição é constitucional. Como leciona José Celso de Mello Filho[31], somente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam com o princípio do Juiz Natural. Além destes, apenas a própria Constituição pode, em situações especiais, atribuir jurisdição a órgãos que não integrem a estrutura do Poder Judiciário, como no caso do Senado, nos casos de impedimento do Presidente da República.

A legalidade não se circunscreve, porém, à definição constitucional dos órgãos dotados de jurisdição. É preciso que o âmbito de exercício da jurisdição seja limitado através de distribuição de regras de competência. Com efeito, para ser Juiz Natural não basta ser dotado de jurisdição. É preciso que esse juiz tenha uma competência legal, que forneça um âmbito (territorial, material, funcional) do exercício de sua atividade.

Levando-se em conta a diferenciação entre os diversos órgãos jurisdicionais em que se estrutura o Poder Judiciário, bem como os elementos da causa na qual se expressa a demanda, assentam-se as regras de competência na Constituição Federal e nos Estados, nas leis ordinárias, federais e estaduais, e nos regimentos internos dos tribunais. A partir desses critérios, legalmente previstos, condicionados pelas diretrizes constitucionais gerais, é que será fixada a competência de cada órgão do Poder Judiciário[32].

Não basta, portanto, que o magistrado seja dotado de jurisdição; para exercê-la, é imprescindível competência legal. Em outras palavras, é a lei, e não o juiz, quem escolhe as causas da alçada deste. Deve haver completa observância das regras objetivas de determinação de competência, de modo a preservar a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

No aspecto, Siqueira Castro[33] afirma que a dimensão da legalidade tem parâmetros inversos, quando se trata do particular ou do Poder Público. Para este último, a legalidade informa e subordina todas as atuações do Estado, de modo que este só pode romper a inércia que o princípio legalista lhe submete

30. MARQUES, Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*,2.Ed, Campinas, Millenium, 1998, p.166
31. MELLO FILHO, José Celso. *A tutela judicial da liberdade*. Revista dos Tribunais n.º 526, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1979., p. 291
32. KARAN, Maria Lúcia, *Competência no Processo Penal*, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2002, p. 15
33. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais,* Rio de Janeiro, Forense, 2005.P. 192/3.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 691 5/3/2007 12:35:41

se houver expresso permissivo legal e nos estritos limites desse permissivo. Por isso, afirma, em não havendo competência, o que resta *é "incompetência, impossibilidade de agir, inação compulsória"*.

Não havendo fixação legal, não se pode, por analogia ou outro recurso hermenêutico, ampliar a esfera de competência jurisdicional. Somente assim é possível conceber um Juiz Natural como o juiz investido na jurisdição e dotado de competência legal. O vazio de competência acarreta o vazio de jurisdição, pois equivale à declaração expressa de inexistência de competência, pois, como sabido, a competência não se presume.

As regras de competência assentadas na Constituição, além de condicionar e fixar parâmetros para elaboração das demais, expressam um valor maior, com o escopo de resguardar os princípios mais relevantes da ordem pública do processo[34]. Por isso que as diversas Constituições do Brasil (com exceção da Carta de 1937) tratavam sempre da garantia de autoridade competente, entendida como autoridade legalmente investida numa competência determinada[35].

3.2. O Juiz Natural e a impossibilidade de fixação retroativa da competência

O princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, serve, simultaneamente, como fundamento e limite ao Poder do Estado, limite este que se estende ao exercício do poder Jurisdicional, quando exige competência legal de órgão jurisdicional investido constitucionalmente.

Mas de nada adiantaria uma suposta garantia de competência através de lei, se não fosse assegurado o princípio da anterioridade, ou da irretroatividade na fixação de competência. Com efeito, Juiz Natural é o juiz com competência legal preexistente.

Alberto da Silva Franco[36] diz expressamente que a definição do juiz a quem incumbe julgar e a fixação de sua competência devem estar legalmente estruturadas no momento em que foi praticado o fato criminoso que se tornou objeto do processo, isto é, não há espaço para a retroatividade da lei, seja para modelar

34. KARAN, Maria Lúcia, *cit., p*. 47
35. Ressalvada, obviamente, a da Justiça Comum Estadual, posto que se trata de competência residual, somente tendo lugar quando previamente afastadas as competências expressas. Mas como Pondera Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo penal,* 4.Ed.*,* belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 160), o fato de ser competência residual não fere o princípio do Juiz Natural, pois se trata de competência absoluta, cujo afastamento só poderá ocorrer por força de aplicação de normas ou princípios constitucionais.
36. FRANCO, Alberto da Silva & STOCO, Rui [coord], *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial,* Cit. p. 566

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 692 5/3/2007 12:35:41

o juiz, seja para delimitar sua competência. Tomada no âmbito da Teoria Geral do Processo, significa que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato.

A necessidade de um juiz pré-constituído pela lei é conseqüência natural do princípio da legalidade e imprescindível para a caracterização do Juiz Natural.

A atividade jurisdicional serve para garantir e concretizar direitos, por isso mesmo que o juiz não pode estar comprometido com nenhuma diretriz política, apenas submetido à ordem jurídica. Todavia, o Poder Legislativo, como desempenha atividade político-representativa, pauta-se por interesses e dirigismos próprios, que terminam pela escolha soberana, por intermédio da lei, da tutela de um interesse, ainda que geral e abstrato, em detrimento de outro.

Constituído o fato e instaurado o processo, a modificação posterior da competência, ainda que através da lei, viola frontalmente o princípio do Juiz Natural. Se o pressuposto do exercício da jurisdição é a garantia de imparcialidade e de independência, a interferência do Legislativo, do Executivo, ou até mesmo de outro magistrado, modificando a competência pré-constituída constitui flagrante ofensa ao direito da parte de ser julgado por juiz competente. Trata-se de direito e garantia fundamental não só à existência de autoridade competente e vedação ao tribunal de exceção (arts. 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal de 1988), mas também o art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, ao assegurar que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Um juiz não pode ser investido ou afastado de um processo através de qualquer ato normativo posterior à fixação da competência. Não se pode invocar, nesta senda, a – discutível – tese de que a norma processual tem eficácia imediata, consagrada no art. 1.211 do Código de Processo Civil e no art. 2º do Código de Processo Penal. Isso porque as referidas normas devem ser interpretadas de acordo com a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição ocorre quando o magistrado depara-se com normas que comportam várias possibilidades interpretativas, devendo, nessa hipótese, priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. O mesmo ocorre em situações em que a obscuridade ou ambigüidade de uma norma reste coerente, quando cotejada com o texto constitucional[37].

37. No aspecto, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constiitucional,* 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.2: Introdução à Teoria da Constituição, 1988, CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 693 5/3/2007 12:35:41

Deste modo, só se pode interpretar os dispositivos infraconstitucionais que tratam da eficácia da lei processual no tempo, em conformidade com o princípio do Juiz Natural, que possui dimensão constitucional.

Dinamarco[38], ao tratar da eficácia da Lei Processual no tempo, menciona o princípio *tempus regit actum,* segundo a qual fatos já ocorridos e situações já consumadas não se regem pela lei nova. Tece, inclusive, críticas ao exagero da aplicação imediata da lei processual para fatos pendentes, sempre que a nova imposição legal for incompatível com a preservação de algumas das situações já consumadas. Entende o autor, portanto, que há casos em que a retroatividade da lei é possível e legítima, quando não atinge qualquer posição jurídica das partes conquistadas sob o império da lei anterior.

Na doutrina processual penal, a posição tradicional é de que a lei processual tem aplicação imediata, mesmo que em prejuízo do Réu[39]. Trata-se de entendimento inspirado na obra de Manzini, jurista italiano que, malgrado seu reconhecido valor intelectual, tinha pensamento alinhado com o fascismo, avesso, por conseqüências, a garantias constitucionais como a do Juiz Natural.

A competência do juízo, como conseqüência do princípio do Juiz Natural, constitui, sem nenhuma dúvida, direito adquirido das partes. Assim, nenhum critério normativo superveniente poderá modificar a competência, por força do Mandamento Constitucional. O próprio Tourinho Filho, não obstante reconheça a eficácia imediata da lei processual, reconhece que essa eficácia imediata não pode ofender a Constituição[40], argumentando, todavia, que a inaplicabilidade da lei não se deve ao seu caráter benéfico ou prejudicial, mas sim pela sua inconstitucionalidade[41].

A anterioridade constitui, então, um corolário da necessidade de segurança jurídica, tão cara para quem defende a legalidade. A legalidade sem garantia de irretroatividade é tão arbitrária quanto à inexistência de tal princípio, pois a necessidade de certeza proveniente da lei é tão ou mais importante do que a fonte formal da qual a norma legal se origina.

---

38. DINAMARCO, Cândido Rangel,*Instituições de Direito Processual Civil. v.1,* 4Ed.,São Paulo, Malheiros, 2002, p. 98
39. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal, vol. 1,* 25ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2003; MARQUES, Frederico, *Manual de Direito Processual Civil,*2.Ed., Campinas, Millenium, 1998
40. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, cit, vol. 1, p.113
41. Merece encômios, por isso, a posição de Paulo Queiroz e Antônio Vieira, no Boletim IBCCRIM, ano 12, n.º143, outubro/2004, p. 14-16, em que defendem a irretroatividade da lei processual antigarantista, prejudicial ao Réu, ao tempo que defendem a retroatividade da lei processual mais benéfica.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 694 5/3/2007 12:35:42

3.3. O Juiz Natural e a taxatividade da competência

O terceiro critério, e não menos importante, diz respeito à impossibilidade de ampliação, por analogia ou outro critério hermenêutico, da competência preestabelecida legalmente. Isso significa, em suma, a taxatividade da competência legal e a impossibilidade de criação de tribunais de exceção.

O princípio da taxatividade da competência, no que tange ao Juiz Natural, significa, em primeiro lugar, que os critérios preestabelecidos para fixação do juiz competente devem ser única e exclusivamente formais e objetivos[42], de forma que a distribuição da competência seja feita de forma automática. Isso significa que a designação legal da competência, além de prévia, deve ser feita de forma abstrata, impessoal e geral, de modo a não permitir qualquer espécie de condução da competência dos magistrados por parte de quem quer que seja.

E isso significa que o cidadão já sabe previamente, sem possibilidade de escolha[43], qual será o juiz que julgará certa demanda.

Havendo mais de um juízo competente, ainda assim não haverá possibilidade da parte eleger o "seu" juiz, pois deve ser observada a regra da distribuição, a partir de critérios igualmente formais, impessoais e abstratos. Vale citar Moniz de Aragão[44]:

> "A distribuição se destina a fixar a competência do juízo, assunto inteiramente subtraído ao poder dispositivo das partes. Mesmo quando a lei lhes reconhece o direito à eleição de um foro contratual (art. 111), trata-se de indicar a comarca, nunca o juízo, se mais de um houver, com igual competência.
>
> Logo, não faz sentido, em face dos modernos postulados do Direito Processual Civil, considerar irrelevante a ausência de distribuição. A adoção de tal tese – facultando-se ao autor, em conseqüência, a possibilidade de se dirigir diretamente ao juízo de sua preferência – importa em subordinar ao poder dispositivo da parte matéria que é de ordem pública e paira acima da própria intervenção dos juízes, que não a podem modificar para atender quaisquer interesses. Juiz que concorda em despachar assunto que não lhe foi previamente distribuído estará sempre sujeito a parecer suspeito de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público"

---

42. Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi, cit., p. p. 474
43. Salvo quando as partes pactuam foro de eleição para dirimir determinadas controvérsias. Isso não afronta o princípio do Juiz Natural nas hipóteses em que o interesse das partes for disponível. No aspecto, NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* 7ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 68-9.
44. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 1 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 331-332

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 695 5/3/2007 12:35:42

A prática forense demonstra que existem juízes liberais, conservadores, de direita, de esquerda, severos, complacentes, de acordo com suas convicções pessoais, as quais não impedem que exista imparcialidade[45]. Assim, de acordo com os critérios formais taxativos de distribuição de competência, se um determinado processo for distribuído para um juiz com uma convicção favorável ou desfavorável ao interesse da parte, isso em nada prejudica o princípio do Juiz Natural (pois a parte tem direito a um juiz competente, e não a um "bom juiz", como destacado linhas atrás).

São critérios objetivos que determinaram a competência, cabendo, quando houver mais de um magistrado competente, a *alea* da distribuição para determinar quem julgará o processo, e as demais garantias processuais, notadamente o duplo grau de jurisdição, para corrigir eventuais desvios oriundos dos entendimentos dos juízes de primeiro grau[46].

O que não se admite, todavia, é que alguém, diante do conhecimento prévio da postura ideológica de um juiz, possa escolhê-lo para julgar determinado processo ou determinado grupo de processos. Essa medida permite que se escolha um magistrado mais inclinado à satisfação de interesses, públicos ou particulares, que são alheios aos interesses inerentes à jurisdição, que é oferecer definitivamente a prestação jurisdicional com imparcialidade e independência.

Por isso deve ser descartado qualquer artifício, embora aparentemente lícito, que permita a quem quer que seja escolher seu juiz. Há violação ao princípio do Juiz Natural, por exemplo, quando a autoridade policial, ciente da escala de plantão, formula deliberadamente o pedido de prisão provisória após encerramento do expediente forense, para que o referido pedido recaia sobre o juiz plantonista de sua preferência, e não o juiz da distribuição. No mesmo sentido, o princípio é vulnerado quando a parte requer a distribuição por dependência de um processo para um determinado juízo, com alegação de conexão em face de semelhanças entre as teses jurídicas defendidas em cada processo[47]; também há violação pela

45. O que não existe, e isso é bem posto por Fredie Didier Jr. (*Direito Processual Civil, vol. 1, 5ª ED.,* Salvador, Ed. Juspodivm, 2005, p.76), é juiz neutro. A neutralidade axiológica, na verdade, não existe, pois todo juiz tem suas convicções, paixões, receios, mas isso não impede que ele nada tenha a ver com o conflito e o resultado do processo
46. Nos aspecto, conferir CALMON DE PASSOS, J.J.. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, in AJURIS, ano IX, volume 25, julho/1982.
47. Como sustenta Carnelutti, ainda que exista certa coincidência no que toca à tese jurídica sustentada em cada processo, a mesma não basta para determinar a modificação da competência originária do processo. Se o mérito de uma lide consiste em uma questão de direito e esta é uma das questões que se apresentam na outra, isso não é suficiente para caracterizar a conexão, com a respectiva modificação da competência; para produzir esse efeito jurídico, é necessário que as questões comuns se refiram ao mesmo título ou ao

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 696 5/3/2007 12:35:42

tentativa de formação de litisconsórcio ativo facultativo[48], ou quando se insere, em contrato de adesão, foro de eleição, em prejuízo à parte hipossuficiente nas relações de consumo[49]. Em nenhum desses casos deve ser tida como lícita a medida, pois, em todas elas, implicaria num meio ardiloso de conseguir escolher o juiz. E a escolha do Juiz compromete sua imparcialidade.

O princípio do Juiz Natural busca evitar qualquer possibilidade de manipulação política do juízo, garantindo sua imparcialidade[50]. Se a competência legal taxativa não permite que a parte escolha o juiz, não é possível, na mesma medida, que qualquer autoridade, seja do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, possa escolher o magistrado que julgará determinado processo ou determinada causa, seja esta escolha feita de forma prévia[51] ou *ex post facto*. Essa vedação constitui desdobramento do princípio da taxatividade legal e constitui garantias de que, nem o Poder Público, nem as partes poderão, ao seu alvedrio, escolher e determinar qual a competência no caso concreto.

Assim, não resta dúvida que há violação ao princípio do Juiz Natural quando um dispositivo legal ou regimental autoriza alguém a escolher, a seu exclusivo talante, um magistrado que funcionará numa causa determinada.

Gilson Bonato[52] identifica, no Estado do Paraná, manifesta violação a tal princípio, quando o Presidente do Tribunal de Justiça daquele Estado, através de uma portaria, criou um projeto, no qual os processos conclusos para sentença

---

mesmo objeto_CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Vol. I, ed. Servanda, São Paulo, 1999, p. 296.

48. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, tratando do litisconsórcio ativo ulterior: *"Formação do litisconsórcio ativo facultativo. Deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação. Proposta a ação, não é mais possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo. Não se admite o litisconsórcio facultativo ulterior que ofenderia o princípio do Juiz Natural. A determinação pelo juiz da reunião de ações conexas, bem como o ajuizamento de ações secundárias (denunciação da lide, chamamento ao processo e oposição), são formas atípicas e impróprias de litisconsórcio ulterior". (In Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 324).*
49. No aspecto, decidiu o STJ: "Conflito de Competência. Competência Territorial. Foro de Eleição. Cláusula Abusiva O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo". (STJ, Processo Nº: 21540, Órgão: Segunda Seção, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ-24/08/1998)
50. BINDER, Alberto M., *Introdução ao Direito processual penal,* trad. Fernando Zani, Rio de janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 110.
51. Levando-se este argumento às últimas conseqüências, não deixa de comprometer a independência do judiciário a escolha, pelo chefe do executivo, a seu exclusivo critério, os membros que irão compor os Tribunais. No aspecto SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano,* Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 37.
52. BONATO, Gilson, *Devido Processo legal e garantias processuais penais,* Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 141.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 697 5/3/2007 12:35:42

eram distribuídos a juízes de outras comarcas, sem nenhum critério prévio e sustentável, para que fosse proferida a sentença[53].

E pouco importa, no caso, que a competência jurisdicional legal seja estabelecida por lei infraconstitucional, pois ainda assim resta, por via reflexa, a violação ao princípio do Juiz Natural. Como assinala Maria Lúcia Karan[54], as normas infraconstitucionais que fixam a competência estão relacionadas com a maior conveniência da administração da justiça, de maneira a permitir um melhor funcionamento da máquina judiciária, não tendo a dimensão de garantia das normas constitucionais sobre competência. Todavia, sustenta a mesma autora que essas regras possuem um componente garantidor, materializadores do conteúdo do art. 5º, XXXVII, da Carta Magna. No momento que as leis infraconstitucionais fixam sua competência, elas viabilizam, na prática, a vedação ao tribunal de exceção, na medida em que impossibilitam a designação administrativa ou a escolha das partes de um órgão especial para atuar em determinado processo, assegurando, pois, a presença no processo do Juiz Natural.

Deste modo, qualquer possibilidade de investidura ou modificação da competência, seja pelas partes, seja por autoridade ou órgão de qualquer dos poderes, representa uma violação ao princípio do Juiz Natural.

Este, na verdade, é o desdobramento constitucional da proibição do tribunal de exceção, entendido como aquele constituído de forma casuística, para o julgamento de determinados processos, fatos ou pessoas. Costuma-se associar-se a vedação ao juízo ou tribunal de exceção com a criação de um órgão jurisdicional, ao arrepio da constituição, para julgar fatos ou situações predeterminadas. Mas há violação do princípio do juízo ou tribunal de exceção, na mesma medida, quando um órgão, embora dotado de jurisdição, é excepcionalmente investido para o julgamento de casos específicos.

Não se deve confundir, porém, criação de tribunal de exceção com criação de justiças especializadas; estas, segundo doutrina majoritária, não violam o princípio do Juiz Natural[55], quando decorrentes de expressa previsão Constitucional,

---

53. Embora, nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal não considerou inconstitucional tal medida, como se depreende do Teor do AI 413423 AgR / PR – PARANÁ, relatado pelo Min. Gilmar Mendes.Do voto do Minsitro no referido processo, colhe-se o seguinte trecho: *"Ademais, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a violação a princípio do Juiz Natural estará caracterizada quando ocorrer designação casuística do Juiz para atuar em causas nas quais a sua intervenção não se revele devidamente justificada, o que não é o caso dos autos"*. Disponível em http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=AI-AgR&processo=413423&origem=IT&cod_classe=510. Acesso em 27/01/2006
54. Op. Cit., p. 48
55. GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Princípio do Juiz Natural.... cit.,* DIDIER Jr., Fredie, *Direito Processual Civil, vol. 1,cit., p. 87.* OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, cit, Capítulo 6.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 698 5/3/2007 12:35:43

ou mesmo em legislação infraconstitucional. O limite que separa a Justiça Especializada do tribunal de exceção está justamente no respeito aos requisitos que constituem o Juiz Natural, evitando direcionamentos indevidos na competência. Segundo Grinover[56], o tribunal de exceção é transitório e arbitrário, enquanto a justiça especializada é permanente e orgânica. Assim, além de expressa previsão legal, a justiça especializada não pode violar o princípio da isonomia, generalidade e abstração, vedando, por conseguinte, que sua seja um artifício para direcionar ou afastar juízes de determinadas causas.

Nesta ordem de idéias, parece evidente que a eficácia temporal da justiça especializada é *ex nunc,* jamais podendo alcançar processos em curso, vez que representaria uma violação flagrante ao princípio da anterioridade da lei. Neste sentido, Jorge de Figueiredo dias[57]:

> "Daqui a proibição de jurisdições de excepção, i.e., jurisdições 'ad hoc' criadas para decidir um caso concreto ou determinado grupo de casos, com quebras das regras gerais de competência; o que não obstará à válida existência de Tribunais especiais que a constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como sua suspensão discricionária por qualquer autoridade."

No mesmo sentido é o entendimento defendido por Grinover, Fernandes e Gomes Filho[58], para quem a justiça especializada só alcança os fatos praticados após a sua criação, pois pensar de outra forma *"seria atribuir competência a uma justiça criada* ***ex post facto,*** *que agiria como verdadeiro tribunal ad hoc"*.

Com efeito, a única hipótese em que se pode admitir a criação de vara especializada com eficácia retroativa, isto é, com o deslocamento de processo em curso para a justiça especializada, é no Processo Penal, quando a medida beneficiar o Réu, como no caso dos Juizados Especiais.

Não foi essa a tese, porém, que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades: uma, quando o Ato Institucional n.º 02 transportou para a justiça militar competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional[59], seja quando a lei 9.299/96 trouxe para a competência do

---

56. O princípio.... cit., p. 20
57. Ob. Cit., p. 323
58. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance E GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no Processo Penal*, cit., p.63
59. No aspecto, a lúcida crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal, Rio de Janeiro, Renovar, 2001: "A visão tradicional tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural, o que é inconcebível. Basta ver que em nome da relativização de tal princípio os nossos tribunais tem livremente alterado a competência em*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 699 5/3/2007 12:35:43

Tribunal do Júri – em vez da competência anterior da justiça militar – os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil. Em ambos os casos, prevaleceu na Corte Suprema a tese de que deveriam ser remetidos para o juízo competente os processos em curso, o que representa clara violação ao princípio do Juiz Natural.

Percebe-se, pois, que a garantia do Juiz Natural como juiz eqüidistante, imparcial e independente só se concretiza nos critérios da competência legal, irretroativa e taxativa, que não se apresentam como pontos estanques, mas que, ao revés, que se entrecruzam na garantia de vedar direcionamentos indevidos no exercício da jurisdição.

4. O JUIZ NATURAL E OS SUBSTITUTOS

Os critérios de fixação de competência devem ser legais, prévios, taxativos e abstratos. Por essa razão é que se diz que há competência do juízo e não competência do juiz. Obviamente, isso não confere a quem quer que seja o poder de substituir o magistrado daquele juízo, em face da garantia constitucional da inamovibilidade.

No Direito Processual Civil existe a garantia da identidade física do juiz, prevista no art. 132 do seu respectivo Código, pela qual o juiz que concluir a audiência julgará a lide. Este postulado é de essencial valia e possui estreita relação com o Juiz Natural, pois assegura que o Juiz competente, que presidiu a instrução venha a proferir a sentença[60]. Todavia, o mesmo dispositivo legal excepciona tal regra nos casos em que o Juiz competente para o julgamento da causa seja promovido, licenciado, aposentado, afastado, convocado. Além disso, é possível que, depois de distribuído o feito, o juiz esteja impedido ou se declare suspeito. Para situações como estas, o juiz deve ser substituído.

No caso, a lei deve estabelecer critérios prévios, igualmente formais e objetivos, para substituição de magistrados, pois a garantia do Juiz Natural deve

---

processos já constituídos, em flagrante violação à garantia constitucional do cidadão acusado. Não foi diferente o sucedido em relação ao Ato Institucional nº 2, que, como todos sabem, transportou à Justiça Militara competência dos crimes contra a segurança nacional, razão pela qual para lá foram remetidos todos os processos em curso, com a confirmação do e. S.T.F., lastreado em nossos doutrinadores. Nunca se indagou quantos morreram ou sofreram com tal decisão, mas parece sintomático que antes de acolher os ensinamentos de fascistas como Manzini, seria melhor voltar os olhos para processualistas comprometidos com a democracia" (O Papel do novo juiz no Processo Penal, p. 12-13)

60. O referido princípio não foi, todavia, consagrado no Direito Processual Penal, o que permite que juizes condenem pessoas com base apenas na fria análise dos papéis, e o pior, façam a individualização da pena de pessoas que sequer conheceram, o que, embora não afronte diretamente o princípio do Juiz Natural, prejudica a prestação jurisdicional, pelo distanciamento do juiz sentenciante da instrução da causa..

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 700 5/3/2007 12:35:43

abranger eventuais substituições. O substituto legal deve ser aquele já investido prévia e legalmente nestas funções, evitando-se, por conseqüência, designações previamente dirigidas para favorecer qualquer das partes.

Corroborando sobredito entendimento, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.º 1481-ES, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que permitia, em caso de afastamento de desembargador por mais de 30 (trinta) dias, a convocação de juízes de 1º grau, em substituição, mediante indicação pelo Desembargador Substituído, justamente porque permitia ao substituído indicar discricionariamente seu substituto, ainda que referida indicação fosse referendada pelos membros do Tribunal[61].

O Supremo Tribunal Federal tem destacado, em diversos julgados, a importância do Juiz Natural, e no trecho da ementa abaixo transcrita, ressalta o quão delicada é a questão das varas de substituição[62]:

> "O princípio da naturalidade do Juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juizes e tribunais. Nesse contexto, o mecanismo das substituições dos juizes traduz aspecto dos mais delicados nas relações entre o Estado, no exercício de sua atividade persecutória, e o individuo, na sua condição de imputado nos processos penais condenatórios".

Merece citação, também, trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello, no mesmo julgado:

> "É inquestionável que o sistema de substituição externa nos Tribunais judiciários constitui, no plano de nosso direito positivo, matéria sujeita ao dominio temático da lei. Subordina-se, em conseqüência, ao princípio da reserva legal absoluta, cuja incidência afasta, por completo, a possibilidade de tratamento meramente regimental da questão."

---

61. "*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA: REGIMENTO INTERNO: SUBSTITUIÇÃO DE DESEMBARGADOR. Lei Complementar nº 35/79 - LOMAN - art. 118, redação da Lei Complementar nº 54/86. C.F., art. 93, art. 96, I, a. I. - Os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça podem dispor a respeito da convocação de juízes para substituição de desembargadores, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a trinta dias, observado o disposto no art. 118 da LOMAN, Lei Complementar 35/79, redação da Lei Complementar 54/86. II. - Norma regimental que estabelece que o substituído indicará o substituto: inconstitucionalidade. III. - ADI julgada procedente, em parte. (ADI 1481/ES - ESPÍRITO SANTO Relator Min.CARLOS VELLOSO Julgamento: 14/05/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 04-06-2004)*
62. HC 69601 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 24/11/1992.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 701 5/3/2007 12:35:43

Desta maneira, na impossibilidade de que o juiz originariamente competente venha a julgar o feito, qualquer que seja o motivo, é imprescindível que o substituto esteja previamente investido na competência.

5. AS VARAS DE SUBSTITUIÇÃO NO ESTADO DA BAHIA E O JUIZ NATURAL

A Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia (Lei Estadual 3731/79), ao fazer a repartição de competência entre os Juízes da Capital do Estado, criou, no seu art. 56, III, algumas "varas de substituição", inicialmente em número de 09 (nove), atualmente em número de 33 (trinta e três).

Aos juízes que respondem pelas varas de substituição competem, na forma do art. 71 do referido diploma:

> **"Art. 71** – Aos juizes Substitutos compete, mediante convocação:
>
> I – substituir qualquer juiz das Varas da Comarca de Salvador;
>
> II – servir como plantonistas durante as férias coletivas;
>
> III – auxiliar juiz de qualquer das Varas da Comarca de Salvador, onde houver acúmulo de serviço;
>
> IV – os Juizes substitutos que não estiverem no exercício da substituição permanecerão no fórum, diariamente, à disposição da Presidência do Tribunal."

E compete ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na forma do art. 36, incisos IX[63] e XXV[64], da mesma Lei, designar os substitutos para servir em quaisquer das varas da Capital.

Percebe-se, por conseguinte, que as varas de substituição possuem competência em aberto, podendo os magistrados titulares daquelas varas, de acordo com a designação do Presidente do Tribunal, servir em quaisquer outras varas da Comarca de Salvador, sejam elas Cíveis, Criminais, da Fazenda Pública, etc.

O conjunto dos referidos dispositivos legais, ao disciplinar de tal maneira as varas de substituição na Comarca da Capital do Estado da Bahia, ofende

---

63. "***Art. 36*** *- Compete ao Presidente do Tribunal: (...)* ***IX-*** *organizar as listas de substituição dos magistrados,* ***designar Juiz substituto para servir em Vara da Comarca da Capital*** *ou do Interior e convocar Juiz de entrância especial para substituir Desembargador, na forma da lei e das deliberações do Tribunal Pleno".*
64. "***Art. 36*** *- Compete ao Presidente do Tribunal (...)****XXV -*** *indicar, a pedido do Juiz interessado, por proposta do Corregedor-Geral, ou por deliberação do Tribunal, outro que o auxilie, se estiver com serviço acumulado e sem condições de normalizá-lo."*

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 702 5/3/2007 12:35:43

flagrantemente o princípio do Juiz Natural, bem como conspurca a garantia de independência e imparcialidade do magistrado, pois não preenche nenhum dos requisitos indispensáveis para a preservação do referido princípio.

5.1. A Legalidade

O princípio da legalidade fica maculado pela absoluta inexistência de conteúdo material na esfera de competência das varas de substituição. E não pode haver jurisdição sem um âmbito material de competência. É possível existir um Juízo sem endereço, cartório, serventuários, como de fato as varas de substituição não têm. O que não se permite, em face da ordem constitucional, é que exista autoridade com jurisdição, mas sem competência legal.

A jurisdição, como visto, necessita de determinação de competência. Como sustenta Greco Filho[65], a competência é o poder que tem um órgão jurisdicional para fazer atuar a jurisdição num caso concreto, e por isso mesmo, deve ser prévia, constitucional e previamente delimitada, estabelecida de acordo com critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço.

Deste modo, torna-se inconstitucional a existência de juízos com um vazio em matéria de competência. De fato, não se conhece, na doutrina, o instituto da "norma processual em branco", notadamente quando o assunto em discussão versa sobre competência[66]. Como pondera Karan[67], o significado do princípio do Juiz Natural leva ao imperativo reconhecimento de que somente o órgão constitucional preconstituído, cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas normas abstratas já existentes, poderá exercer legitimamente a jurisdição.

Da forma com a qual são postas as varas de distribuições, são desrespeitadas as dimensões concretizadoras do princípio do Juiz Natural, cristalizadas em obra de Canotilho e Vital Moreira[68], e reproduzidas, entre nós, por Celso Ribeiro

---

65. GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro, 1º volume,* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170/1.
66. Isso não significa, como assinala Didier Jr. (*Direito Processual Civil, vol. 1, 5ª ED.,* Salvador, Ed. *JusPODIVM*, 2005 p. 98), a inexistência de competências implícitas. Menciona o referido autor que o STF reconhece a existência de competência implícita, pois, não havendo regra expressa, algum órgão jurisdicional deve ter competência para julgar. Todavia, as varas de substituição não significam competência implícita (já que ela é prévia, objetiva e taxativa), mas sim competência em branco, a ser posteriormente preenchida pelo presidente do Tribunal.
67. KARAN, Maria Lúcia, *Competência no Processo Penal*, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2002, p. 46.
68. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra 1994, p.207.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 703 5/3/2007 12:35:44

Bastos[69] e Nelson Nery Jr.[70], que são a "*exigência de determinabilidade*" (previa individualização por lei geral do juiz competente), o "*principio da fixação da competência*" (observância das competências decisórias legalmente atribuídas a esse juiz) e o respeito "*das determinações de procedimento referentes a divisão funcional interna"* (distribuição de processos).

No caso em análise, o vácuo de previsão legal de competência cria um paradoxo: as varas de substituição, ao tempo em que podem ter a competência de qualquer Juízo da Comarca da Capital, não possuem nenhuma competência legal. Funcionam como verdadeiros "curingas", sem qualquer limitação material, temporal e espacial no exercício da jurisdição, podendo, na verdade, julgar e decidir qualquer causa da competência de qualquer vara de Salvador.

5.2. A Irretroatividade

Não há dúvida de que a segunda garantia do princípio do Juiz Natural, que é a irretroatividade na designação da competência, também é maculada pelo tratamento legal dado às varas de substituição na Capital do Estado da Bahia. A Lei Estadual 3.731/79 possibilita que o juiz de uma das varas de substituição torne-se competente para o julgamento de um processo em curso, sem que isso decorra de impedimento, suspeição ou qualquer das hipóteses do art. 132 do Código de Processo Civil que venha a afastar o juiz competente do processo que lhe foi confiado.

Quando o artigo 71 da Lei de Organização Judiciária determina que os juízes em comento podem "s*ubstituir qualquer juiz das Varas da Comarca de Salvador",* ou mesmo *"auxiliar juiz de qualquer das Varas da Comarca de Salvador, onde houver acúmulo de serviço",* permite a fixação de competência *ex post facto*.

Isso porque o juiz competente, titular da vara para a qual foi distribuído determinado processo, continua no exercício de sua função jurisdicional, passando a dividi-lo com outro magistrado, designado pelo presidente do tribunal, sem que haja qualquer critério prévio, legal e objetivo de repartição de competência.

Não há critério prévio para determinar qual dos juízos de substituição será designado para atuar em auxílio ao juiz competente. Pode ser qualquer Juiz das

69. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil,* v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205.
70. *Princípios do processo civil na constituição federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 68.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 704 5/3/2007 12:35:44

Varas de substituição. Na mesma ordem de raciocínio, não se sabe de que forma serão internamente distribuídos os processos, entre o juiz competente e o substituto. Os juízes de substituição passam a ser juizes *ad hoc,* juízes de exceção, cuja competência é posterior e determinada discricionariamente pelo Presidente do Tribunal, e nada impede que essa prerrogativa seja utilizada para designar, com o processo em curso, um magistrado para julgar um processo determinado. E no momento em que isso ocorre, torna-se incompatível a substituição com o princípio do Juiz Natural – visto aqui como legal, prévia e taxativamente competente.

Há outro aspecto que traz reflexos no princípio da irretroatividade. Ainda que admitida uma vara de substituição com vazio de competência legal, no momento em que um juiz substituto fosse designado para atuar em qualquer das varas da Comarca de Salvador, deveria ele atuar apenas e tão somente em processos ajuizados após sua investidura, jamais podendo alcançar processos em curso, pois acarretaria flagrante violação ao princípio da anterioridade. Não é, porém, o que ocorre, pois é freqüente a designação de juízos para atuar em processos preconstituídos[71].

5.3. Taxatividade

Um terceiro aspecto, e não menos importante, diz respeito a critérios de conveniência e oportunidade para designação do Juízo competente, autorizados pela Lei 3731/79. Com efeito, na forma do que dispõe o art. 36 do referido Diploma, compete ao Presidente do Tribunal de Justiça a designação dos substitutos que vão atuar nos processos de qualquer das varas.

Cabendo ao Presidente do Tribunal escolher um juiz de uma das varas de substituição para atuar em qualquer das varas da Comarca de Salvador, a competência não decorre mais da lei, mas de critérios discricionários. Cumpre ressaltar que a atividade de designar um juiz para servir como substituto não é atividade jurisdicional, mas atividade administrativa, que se assemelha ao antigo poder de evocação, isto é, a atribuição de competência a órgão diverso do previsto em lei, mas integrante da estrutura do Poder Judiciário[72] .

---

71. O Supremo Tribunal Federal, não obstante, entendeu – *incidenter tantum* – ser constitucional o Provimento n.º 44/96 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a designação de Juízes substitutos para atuar em processos em curso. Vale transcrever trecho da ementa que trata do assunto: "*Princípios do Promotor e do Juiz Naturais - Não ofende o princípio do Juiz Natural a designação de juízes substitutos para a realização de esforço concentrado em diversas varas com o objetivo de auxiliar os juízes titulares*." (STF - 1a T. - RE nº 255.639-SC - Rel. Min. Ilmar Galvao, 13-2-2001- Informativo STF, nº 217, p. 2).
72. GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Princípio do Juiz Natural e sua dupla garantia*. Revista de processo, n.º 29, jan-mar 1983, p. 15

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 705 5/3/2007 12:35:44

A raiz histórica do princípio do Juiz Natural, seja nos Documentos do Direito Inglês, Americano ou Francês, é impedir que haja a indicação arbitrária de um órgão para conhecer e decidir causas determinadas. E, por mais correto e imparcial que seja o Presidente de um Tribunal de Justiça, a disposição legal permite o arbítrio e o dirigismo na condução de processos.

No aspecto, a lição de Ferrajoli é clara, ao criticar o que chama de poder de avocação[73], isto é, o exercício discricionário do poder de distribuição dos assuntos por parte dos chefes dos ofícios judiciários, em franca violação ao princípio do Juiz Natural. Nas palavras do Autor[74]:

> "Diria antes que, ultrapassado totalmente o poder de comissão no qual se manifestava no passado a ingerência real na administração da justiça, o problema do Juiz Natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem."

O dispositivo constitucional que garante que ninguém seja processado ou sentenciado senão pela autoridade competente significa exatamente a proibição do poder de evocação, como garantia do juiz competente, proibindo que qualquer ato discricionário venha instituir ou derrogar competência. E Ada Pellegrini Grinover[75] menciona que conseqüência primeira do princípio do Juiz Natural, quanto à competência, *"é a de não deixar à mercê dos executivos o mecanismo das substituições dos juízes."*

Assim, na medida em que o sistema de autogoverno do judiciário compromete a objetividade e a taxatividade da determinação de competência, torna-se ele tão inconstitucional quanto se o Judiciário fosse dependente do Executivo[76]. Valiosa, no aspecto, a contribuição de Adelino Marcon[77], em obra relativa ao tema do Juiz Natural:

> "E não é possível, em nome de alguns dogmas que se instalaram no poder Judiciário Brasileiro, que são identificados pela celeridade na prestação jurisdicional, efetividade do processo e combate á impunidade, que possam se sobrepor às regras garantidoras de um julgamento justo, imparcial, proferido por juiz previamente

73. Embora seja tratada, por Ada Pellegrini Grinover, como poder de "evocação".
74. Cit., p. 474.
75. *O Princípio...* Cit., p. 20.
76. BINDER, Alberto M., *Introdução ao Direito processual penal,* trad. Fernando Zani, Rio de janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 111
77. Cit., P. 139.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 706 5/3/2007 12:35:44

> competente ao fato imputado. É o que se deve: obediência profunda e irrestrita ao Princípio Constitucional do Juiz Natural. Os mencionados dogmas e o princípio de que se trata não são incompatíveis entre si. Sempre haverá uma saída administrativa regrada para a organização judiciária. Mas nunca haverá recuperação para uma decisão dirigida, imposta a um ser humano pelo Poder Judiciário, em razão da retirada de suas garantias de um julgamento justo, imparcial."

A ausência de critério objetivo de fixação de competência permite que uma pessoa – no caso, o Presidente do Tribunal – conduza magistrados para processos determinados. É compreensível que, na grande maioria dos casos, não haja dirigismo. Mas a mera possibilidade de sua existência, por si só, já macula a garantia constitucional do Juiz Natural.

6. SUGESTÕES

São conhecidas as dificuldades que o Poder Judiciário encontra para oferecer ao jurisdicionado uma sentença célere e imparcial, observados o princípio do devido processo legal e as garantias constitucionais. Na ausência de vagas suficientes para que cada uma das varas da comarca de Salvador tenha um juiz substituto, admite-se a existência de varas de substituição, que possam atuar em mais de uma vara. A existência de tais varas, em si mesmas, não se reveste de inconstitucionalidade.

Mas há inconstitucionalidade quando não há lei que fixe o conteúdo de sua competência. Sugere-se, nesse ponto, que, se há 33 (trinta e três) varas de substituição, se faça, entre elas, uma repartição, de sorte que haja varas cíveis de substituição, varas criminais de substituição, e assim por diante. Assim se assegura o princípio da competência legal.

Para resolver o problema da irretroatividade, que sejam fixados critérios prévios de distribuição de processos para os juízes substitutos, de tal sorte que o número total de processo ao cargo desses referidos juízes, oriundos de diversas varas, seja semelhante aos distribuídos para os juízes titulares das varas. Explicando: se um juiz substitui 5 (cinco) varas, ser-lhe-ão distribuídos 20% (vinte por cento) dos processos de cada uma das varas, de acordo com critérios objetivos (ex: os processos terminados em 1 e 2 irão para o juiz substituto; os demais permanecem com o titular). Assim garantir-se-á que os substitutos não serão designados para julgar processo em curso, derrogando-se a competência do Juiz Natural.

Com estes critérios, acaba-se, também, com a ingerência administrativa do Presidente do Tribunal, que não mais terá a difícil e tormentosa responsabilidade de designar juízes para julgar quaisquer dos processos em curso. Ainda que atue

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 707 5/3/2007 12:35:44

despido de qualquer interesse ou má-fé, no momento em que faz a designação de um juiz, o Presidente permitirá que a parte eventualmente prejudicada venha a se queixar pela eventual parcialidade na designação.

O fato é que, da maneira em que está disciplinada legalmente a matéria, em que se concentra a distribuição de competência dos juízes substitutos na Presidência do Tribunal, o cidadão e a comunidade jurídica ficam na dependência de um "bom" presidente, que não utilize tal prerrogativa para, de uma forma ou de outra, interferir na decisão de um ou outro processo, através do manejo arbitrário de um juiz substituto para julgar este ou aquele processo.

Juízes, e mesmo Presidentes de Tribunais, são humanos, passíveis de falhas. E a designação dos juízes para substituir poderá ser feita de acordo com critérios pessoais, para os quais será levado em conta o valor de "bom" ou "mau" juiz. Viola-se, com isso, o princípio do Juiz Natural.

A constituição e a lei como fontes exclusivas de prefixação de competência servem justamente para evitar que os critérios para determinar um juiz para um processo sejam critérios de "bom" ou de "mau". É preciso que ele seja eqüidistante e independente, não necessariamente "bom". E não há eqüidistância ou independência quando a mão de uma só pessoa é responsável por instituir e derrogar competência. Um dia, cedo ou tarde, a discricionariedade resvalará no arbítrio, e derrogará uma das garantias essenciais do Estado de Direito: a garantia do Juiz Natural.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 1 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da definição á aplicação dos princípios jurídicos,* São Paulo: Malheiros Editores, 2003

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2,* São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, *Dos Delitos e das penas,* Trad. J. Cretella jr. E Agnes Cretella. 2ª Ed. –São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 708 5/3/2007 12:35:45

BINDER, Alberto M., *Introdução ao Direito processual penal,* trad. Fernando Zani, Rio de janeiro, Lúmen Júris, 2003

BONATO, Gilson, *Devido Processo legal e garantias processuais penais,* Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Vol. I, ed. Servanda, São Paulo, 1999

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais,* Rio de Janeiro, Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. 1. Campinas, Bookseller, 1998

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo,* 16ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2000

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O Papel do novo juiz no Processo Penal, in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.), *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.*

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal. Vol. 1 Coimbra, Coimbra Ed., 1974

DIDIER JR., Fredie, *Direito Processual Civil*, vol. 1, 5ª ed*.,* Salvador, Ed. *Jus*PODIVM, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil. v.1,* 4 Ed.,São Paulo, Malheiros, 2002

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Teoria da Norma Jurídica,* 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição,* 3ª Ed., São Paulo, saraiva, 2004

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 709 5/3/2007 12:35:45

FRANCO, Alberto da Silva & STOCO, Rui [coord], *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial,* vol. 1, 2ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro, 1º volume,* São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance E GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades no Processo Penal,*8ª Rd., São Paulo, RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Princípio do Juiz Natural e sua dupla garantia,* in Revista de Processo, n.º 29, p. 11-31, São Paulo: RT, 1983.

GRUPPI, Luciano, *Tudo começou com Maquiavel*, Ed. LPM, Porto Alegre: 1996.

KARAN, Maria Lúcia, *Competência no Processo Penal*, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2002.

MARCON, Adelino, *O princípio do Juiz Natural no Processo Penal,* Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, Frederico, *Instituições de Direito processual Civil.* São Paulo, Bookseeler, 1999, v. 1.

MARQUES, Frederico, *Manual de Direito Processual Civil,*2.Ed., Campinas, Millenium, 1998.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque*, Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas.* Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

MELLO FILHO, José Celso. *A tutela judicial da liberdade*. Revista dos Tribunais n.º 526, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constiitucional,* 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.1: Preliminares- o Estado e os sistemas constitucionais, 1990.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constiitucional,* 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.2: Introdução à Teoria da Constituição, 1988.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 710 5/3/2007 12:35:45

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, *O espírito das leis,* Coleção a Obra Prima de Cada Autor – Série Ouro, São Paulo, Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional,* 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional,* disponível em http://www.justica.sp.gov.br/, acesso em 19-01-2006.

NERY FILHO, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal,* 5ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais*, p. 68.*

NERY JR., Nelson*,* NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.*

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* 7ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, *Curso de Processo penal,* 4.Ed.*,* belo Horizonte, Del Rey, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de, "*O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*", in AJURIS, ano IX, volume 25, julho/1982.

QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antônio, *Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo.* Boletim IBCCRIM, ano 12, n.º143, outubro/2004, p. 14-16.

ROCHA, José de Albuquerque, *Teoria Geral do Processo,* 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2005.

SANCHIS, Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos,* Instituto de Derechos *Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.*

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo, 16*. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano,* Forense, Rio de Janeiro, 1966.

TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 711 5/3/2007 12:35:45

TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional,* 12ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; Edusp, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal,* 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal, vol. 1,* 25ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria, *Juiz Natural e competência em Tribunal,* in Revista dos Tribunais n.º 765, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-107.

PROCESSO CONSTITUCIONAL.indd 712 5/3/2007 12:35:45