



Dez Anos a Serviço da Justiça

DOCTRINA

Edição Comemorativa

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Assessor de Ministro

Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro

Assessor Judiciário

Maria Mônica Valério da Costa Leite

Oficiais de Gabinete

Maria Aparecida Cyrillo Rodrigues

Nely van Boekel

Rossele Silveira Curado

Assistente

Carlos Cardoso de Oliveira

Assistentes

Gerson Prado da Silva

Jéter Rodrigues

Maria Alves Satas

Maria do Socorro Medeiros Ramos

Renata Gonçalves Leão

Sebastiana Alves de Oliveira

Raimunda Pereira de Melo

Estagiário

Renara Hedvigés Simon Vallejos Rioja

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.gov.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 6 - Lote 1 - Bloco D - 1ª Andar - Sala 124D

Brasília - DF - 70095-900

Telefone (0xx61) 319-6789

Fax (0xx61) 319-6487 - e-mail: revista@stj.gov.br

Editora Consulex Ltda.

SHIS QL 6 - Conjunto 4 - Casa 2

Brasília - DF - 71620-045

Telefone (0xx61) 365-1277

0800-610090

Fax (0xx61) 365-3977 - 365-2407

e-mail: consulex@zaz.com.br

Tiragem 5.000 exemplares

STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina – ed. comemorativa – Brasília:
Superior Tribunal de Justiça, 1999.

425p.

ISBN 85-7248-034-X

1. Direito, coletânea I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

CDU 34

Ministro JACY GARCIA VIEIRA

Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORDEM DE ANTIGÜIDADE

Ministro ARMANDO Leite ROLLEMBERG – 29.07.63
Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS – 29.10.76
Ministro Evandro GUEIROS LEITE – 19.12.77
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR de Brito – 19.12.77
Ministro Antônio TORREÃO BRAZ – 19.12.77
Ministro CARLOS Mário da Silva VELLOSO – 19.12.77
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON – 03.08.79
Ministro Romildo BUENO DE SOUZA – 08.04.80
Ministro MIGUEL Jerônimo FERRANTE – 23.06.80
Ministro JOSÉ CÂNDIDO de Carvalho Filho – 23.06.80
Ministro PEDRO da Rocha ACIOLLI – 23.06.80
Ministro AMÉRICO LUZ – 23.06.80
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – 23.06.80
Ministro Cid FLAQUER SCARTEZZINI – 07.05.81
Ministro Jesus COSTA LIMA – 09.12.81
Ministro GERALDO Barreto SOBRAL – 16.12.82
Ministro CARLOS Augusto THIBAU Guimarães – 10.06.83
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE – 25.09.84
Ministro NILSON Vital NAVES – 11.04.85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira – 12.06.85
Ministro ILMAR Nascimento GALVÃO – 29.10.85
Ministro Francisco DIAS TRINDADE – 09.01.86
Ministro JOSÉ DE JESUS Filho – 09.01.86
Ministro Francisco de ASSIS TOLEDO – 30.03.87
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL – 09.12.87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA – 08.09.88
Ministro ATHOS Gusmão CARNEIRO – 18.05.89
Ministro Luiz VICENTE CERNICCHIARO – 18.05.89
Ministro WALDEMAR ZVEITER – 18.05.89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR – 18.05.89
Ministro Francisco CLÁUDIO de Almeida SANTOS – 18.05.89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira – 18.05.89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho – 18.05.89
Ministro HÉLIO de Mello MOSIMANN – 09.08.90
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – 05.02.91
Ministro DEMÓCRITO Ramos REINALDO – 27.06.91
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – 27.06.91
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – 23.04.92
Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA – 22.05.92
Ministro ADHEMAR Ferreira MACIEL – 11.11.92
Ministro José ANSELMO de Figueiredo SANTIAGO – 12.02.93

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR Júnior – 29.04.94
Ministro VICENTE LEAL de Araújo – 24.11.94
Ministro ARI PARGENDLER – 19.06.95
Ministro JOSÉ Augusto DELGADO – 14.12.95
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 27.06.96
Ministro FERNANDO GONÇALVES – 27.06.96
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – 27.06.96
Ministro FELIX FISHER – 17.12.96
Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO JUNIOR – 28.05.98
Ministro GILSON Langaro DIPP – 29.06.98
Ministro HAMILTON CARVALHIDO – 15.04.99
Ministro JORGE Tadeo Flaquer SCARTEZZINI – 30.06.99
Ministra ELIANA CALMON Alves – 30.06.99
Ministro PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI – 30.06.99
Ministro FRANCISCO Cândido de Melo FALCÃO Neto – 30.06.99
Ministro Domingos FRANCIULLI NETTO – 27.10.99
Ministra Fátima NANCY ANDRIGHI – 27.10.99

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PLENÁRIO (*)

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – 23.6.80 – Presidente (**)
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE – 25.9.84 – Vice-Presidente(***)
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON – 3.8.79
Ministro NILSON Vital NAVES – 11.4.85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira – 12.6.85
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL – 9.12.87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA – 8.9.88 – Diretor da Revista
Ministro WALDEMAR ZVEITER – 18.5.89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR – 18.5.89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira – 18.5.89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho – 18.5.89
Ministro HÉLIO de Melo MOSIMANN – 9.8.90 – Coordenador-Geral da Justiça Federal (***)
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – 5.2.91
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – 27.6.91
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – 23.4.92
Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA – 22.5.92
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR Júnior – 29.4.94
Ministro VICENTE LEAL de Araújo – 24.11.94
Ministro ARI PARGENDLER – 19.6.95
Ministro JOSÉ Augusto DELGADO – 14.12.95
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 27.6.96
Ministro FERNANDO GONÇALVES – 27.6.96
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – 27.6.96
Ministro FELIX FISCHER – 17.12.96
Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO JUNIOR – 28.5.98
Ministro GILSON Langaro DIPP – 29.6.98
Ministro HAMILTON CARVALHIDO - 15.04.99
Ministro JORGE Tadeo Flaquer SCARTEZZINI – 30.06.99
Ministra ELIANA CALMON Alves – 30.06.99
Ministro PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI – 30.06.99
Ministro FRANCISCO Cândido de Melo FALCÃO Neto – 30.06.99
Ministro Domingos FRANCIULLI NETTO – 27.10.99
Ministra Fátima NANCY ANDRIGHI – 27.10.99

(*) O Plenário, quando convocado, reunir-se-á no dia de sessão da Corte Especial (Resolução nº 19-STJ, art. 3º).

(**) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (RI, art. 21, III e VI).

(***) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (RI, arts. 22, § 1º, e 23).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PLENÁRIO (*)

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – 23.6.80 – Presidente (**)
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE – 25.9.84 – Vice-Presidente(***)
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON – 3.8.79
Ministro NILSON Vital NAVES – 11.4.85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira – 12.6.85
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL – 9.12.87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA – 8.9.88 – Diretor da Revista
Ministro WALDEMAR ZVEITER – 18.5.89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR – 18.5.89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira – 18.5.89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho – 18.5.89
Ministro HÉLIO de Melo MOSIMANN – 9.8.90 – Coordenador-Geral da Justiça Federal (***)
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – 5.2.91
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – 27.6.91
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – 23.4.92
Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA – 22.5.92
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR Júnior – 29.4.94
Ministro VICENTE LEAL de Araújo – 24.11.94
Ministro ARI PARGENDLER – 19.6.95
Ministro JOSÉ Augusto DELGADO – 14.12.95
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 27.6.96
Ministro FERNANDO GONÇALVES – 27.6.96
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – 27.6.96
Ministro FELIX FISCHER – 17.12.96
Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO JUNIOR – 28.5.98
Ministro GILSON Langaro DIPP – 29.6.98
Ministro HAMILTON CARVALHIDO - 15.04.99
Ministro JORGE Tadeo Flaquer SCARTEZZINI – 30.06.99
Ministra ELIANA CALMON Alves – 30.06.99
Ministro PAULO Benjamin Fragozo GALLOTTI – 30.06.99
Ministro FRANCISCO Cândido de Melo FALCÃO Neto – 30.06.99
Ministro Domingos FRANCIULLI NETTO – 27.10.99
Ministra Fátima NANCY ANDRIGHI – 27.10.99

(*) O Plenário, quando convocado, reunir-se-á no dia de sessão da Corte Especial (Resolução nº 19-STJ, art. 3º).

(**) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (RI, art. 21, III e VI).

(***) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (RI, arts. 22, § 1º, e 23).

CORTE ESPECIAL

(Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – Presidente
Ministro COSTA LEITE – Vice-Presidente
Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro GARCIA VIEIRA – Diretor da Revista
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro HÉLIO MOSIMANN – Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA
Ministro CESAR ASFOR ROCHA
Ministro VICENTE LEAL
Ministro JOSÉ DELGADO
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Ministro FERNANDO GONÇALVES
Ministro FELIX FISCHER (*)
Ministra ELIANA CALMON

PRIMEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – Presidente

1ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – Presidente
Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Ministro JOSÉ DELGADO
Ministro FRANCISCO FALCÃO

2ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – Presidente
Ministra ELIANA CALMON
Ministro PAULO GALLOTTI
Ministro FRANCIULLI NETTO
Ministra NANCY ANDRIGHI

(*) Substituindo o Min. William Patterson

SEGUNDA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO – Presidente

3ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – Presidente

Ministro NILSON NAVES

Ministro EDUARDO RIBEIRO

Ministro WALDEMAR ZVEITER

Ministro ARI PARGENDLER

4ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR – Presidente

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO

Ministro BARROS MONTEIRO

Ministro CESAR ASFOR ROCHA

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

TERCEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro VICENTE LEAL – Presidente

5ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – Presidente

Ministro EDSON VIDIGAL

Ministro FELIX FISCHER

Ministro GILSON DIPP

Ministro JORGE SCARTEZZINI

6ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro VICENTE LEAL – Presidente

Ministro WILLIAM PATTERSON

Ministro FONTES DE ALENCAR

Ministro FERNANDO GONÇALVES

Ministro HAMILTON CARVALHIDO

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro NILSON NAVES – Presidente

Ministro HÉLIO MOSIMANN – Coordenador-Geral da Justiça Federal

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS

Ministro FERNANDO GONÇALVES – Suplente

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO – Presidente
Ministro MILTON LUIZ PEREIRA
Ministro VICENTE LEAL
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – Suplente

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro WALDEMAR ZVEITER – Presidente
Ministro ARI PARGENDLER
Ministro JOSÉ DELGADO

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro EDUARDO RIBEIRO – Presidente
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro GARCIA VIEIRA – Diretor da Revista
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Ministra ELIANA CALMON

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro EDUARDO RIBEIRO – Corregedor-Geral
Ministro EDSON VIDIGAL – Efetivo
Ministro GARCIA VIEIRA – 1ª Substituto
Ministro WALDEMAR ZVEITER – 2ª Substituto

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – Presidente
Ministro COSTA LEITE – Vice-Presidente

MEMBROS EFETIVOS

Ministro HÉLIO MOSIMANN – Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Juiz PLAUTO AFONSO DA SILVA RIBEIRO – TRF 1ª Região
Juiz ALBERTO NOGUEIRA – TRF 2ª Região
Juiz JOSÉ KALLÁS – TRF 3ª Região
Juiz FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA – TRF 4ª Região
Juiz JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA – TRF 5ª Região

MEMBROS SUPLENTE

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA

Ministro CESAR ASFOR ROCHA

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR

Juiz FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO - TRF 1ª Região

Juiz ARNALDO ESTEVES LIMA - TRF 2ª Região

Juiz MÁRCIO JOSÉ DE MORAIS - TRF 3ª Região

Juiz MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO - TRF 4ª Região

Juiz FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - TRF 5ª Região

SUMÁRIO

Prefácio	17
A Arbitragem: Direito Processual da Cidadania	371
José Augusto Delgado	
A Crise no Poder Judiciário, Causas e Soluções	249
Francisco Peçanha Martins	
A Culpa como Pressuposto da Responsabilidade Civil no Transporte de Pessoas por Estrada de Ferro	67
Antônio Torreão Braz	
Adoção por Ascendente	205
Waldemar Zveiter	
A Lei nº 9.099/95 e o Direito Penal Militar	417
Felix Fischer	
A Profissão do Magistrado	147
José de Jesus Filho	
A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação – Atualidades e Perspectivas	403
Carlos Alberto Menezes Direito	
A Reforma do Poder Judiciário	89
Romildo Bueno de Sousa	
Ativismo Judicial	29
Evandro Gueiros Leite	
Controle da Atividade Judiciária	119
Antônio de Pádua Ribeiro	
Crimes Contra a Fé Pública	155
Francisco de Assis Toledo	
Dano Moral no Direito Brasileiro	139
Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite	
É Possível a Revisão da Constituição de 1988?	73
Carlos Mário da Silva Velloso	
Execução Contra a Fazenda Pública	263
Humberto Gomes de Barros	

Fluxos de Cadeia ou de Caixa - O Exaurimento da Instância Administrativo-Fiscal como Condição de Procedibilidade para a Ação Penal	163
Edson Carvalho Vidigal	
Honorários Advocatícios em Mandado de Segurança	293
Francisco Cesar Asfor Rocha	
Inquérito Policial	201
Luiz Vicente Cernicchiaro	
Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo	297
Adhemar Ferreira Maciel	
Medidas Provisórias, o Estilo Brasileiro de Legislar	133
Jesus Costa Lima	
O Agravo (Regimental) Interno no STJ	223
Francisco Cláudio de Almeida Santos	
O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania	233
Sálvio de Figueiredo Teixeira	
O Direito Penal Brasileiro sob o Enfoque dos Direitos Humanos	349
Vicente Leal de Araújo	
O Exame Psicotécnico nos Concursos Públicos	423
Aldir Guimarães Passarinho Junior	
O Poder Judiciário e a República	107
José Cândido de Carvalho Filho	
O Princípio da Moralidade na Administração Pública e a Liceidade do Limite Etário para o Acesso aos Cargos Públicos	253
Demócrito Ramos Reinaldo	
O Recurso Especial - Jurisprudência Nascente	21
José Fernandes Dantas	
O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional	361
Ari Pargendler	
Política da Administração e o Princípio da Moralidade	285
Milton Luiz Pereira	
Processo e Procedimento: Execução Fiscal	213
Luiz Carlos Fontes de Alencar	
Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial	171
Athos Gusmão Carneiro	
Responsabilidade Política e Social dos Juizes nas Democracias Modernas	323
Ruy Rosado de Aguiar Júnior	
Uma Proposta de Inelegibilidade	393
José Arnaldo da Fonseca	
Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal	57
Washington Bolívar de Brito	

PREFÁCIO

Nossa idéia aqui foi rebuscar, trazer de volta e registrar o pensamento dos que com senso de Justiça e também com espírito público se entregaram ou se mantêm entregues a essa difícil e divina missão de realizar a Justiça.

Nossa intenção é que esta coletânea de artigos doutrinários responda à curiosidade de quantos se interessam em conhecer os fundamentos das idéias que norteiam as decisões.

A conversa aqui é curta. Não há espaços para divagações. Nem tempo. Nosso trabalho no STJ se realiza cada vez mais sob a mais intensa pressão – dos punhais dos ponteiros dos relógios, dos prazos, das pautas, tudo decorrendo da carga desumana de trabalho a que temos sido, todos nós, submetidos.

Somos gratos a todos os Ministros que, prestigiando a idéia desta coletânea, acorreram em apoio, juntando-se ao nosso projeto. Gratos também e sempre à nossa equipe.

Ministro Edson Vidigal

O Recurso Especial – Jurisprudência Nascente

José Fernandes Dantas

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Sr. Presidente, eminentes Desembargadores e Juízes Componentes e Presidentes dos Tribunais Federais e Estaduais, Advogados, Ministério Público e eminentes Ministros desta Casa:

Tenho repetido aqui, e os colegas o sabem, que a idade após cinquenta anos compensa a acumulação das saudades anteriores com o bem-estar e a impressão do *déjà vu*, melhor traduzida pela expressão do poeta maranhense: “meninos, eu vi”.

Permitam-me, pois V. Exas. (e não tenho dúvida desta permissão, porque distingo na Assembléia cabeças encanecidas, viventes dessa minha mesma experiência) que, no trato do título a debater nesta sessão, relembre trechos do discurso preliminar de uma singela conferência que proferi nos idos de 1977, sob o patrocínio da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Norte, em comemoração do Sesquicentenário da Criação dos Cursos Jurídicos. Na oportunidade (daí a minha felicidade de hoje viver o *déjà vu*, no tema anunciado), intitulei-a de “A Jurisprudência como Modelo Jurídico – Exemplo Nacional.” Naquele prólogo, que uso referir em alguns trechos, historiei a dogmática do Direito, pondo nos respectivos altares *os santos* de cada *milagre* das proposições daqueles estágios doutrinários do Direito, a exemplo de **Ihering**, **Savigny**, **Cóssio**, **Kelsen**, **Geny**, **Kantorowicz**, etc., até entronizar o *santo brasileiro*, o Mestre **Reale**, pela construção magistral da tridimensionalidade **stricto sensu** do Direito.

Como fecho do citado prefácio, afirmei o seguinte:

“Chegou-se aos últimos dias, pela proposição da *tridimensionalidade do Direito*, pensada pelo Mestre **Reale** e universalizada em louvores à inteligência brasileira. A concepção dos *modelos jurídicos* viria substituir o envelhecido critério das fontes, secularmente voltado para a explicação do Direito como primordial criação do Estado.

Ter-se-ia por culminância da feitura do Direito a própria sentença, matriz condensadora de *valor, fato e norma*. Unificados, tais fatores serviriam à experiência jurídica, distintamente traduzidos: no fundamento, mercê

de uma perspectiva ontológica; na eficácia, consoante uma realidade histórico-cultural; e na vigência, pela medida de aferição da conduta, num dado momento.

Partindo-se daí, vislumbra-se novo posicionamento da matéria, pelo enaltecimento da sentença como sede objetiva do Direito.

Convenha-se, pois, no poder criador detido pelo juiz. Timoneiro da sentença, ele dá ao Direito o seu toque de vida, tal a máxima da inutilidade da norma sem agente aplicador. Realmente, por esse toque de vida é que as incertezas do bitolado direito escrito se suprem, até mesmo para além de suas curiais lacunas. O papel construtivo do julgador, a par do desempenho **secundum legem**, também se exerce **praeter legem** ou, mais sobranceiramente, opera **contra legem**, se amortecida a norma pela caducidade dos seus fins.

Assim concebida como instrumento de criação, indispensável ao fenômeno jurígeno em si mesmo, descobre-se a sentença como veículo de alentada manifestação experimental. A sua eficiência, em face da desmesurada celeridade das mutações sociais, atende à premência de ordenamento, com maior presteza do que a lenta codificação de normas estáticas. (Falava eu nos idos de 1977, muito antes da autogênese das Medidas Provisórias, desavisada inspiração italiana buscada em má hora pelo Constituinte de 1988; lamentava-se a lerdeza dos Códigos, hoje, lamenta-se a abusiva pressa legislativa do Executivo). Acentua-se, por isso, o prestígio do precedente judicial, elaborado em ressunta de *valor, fato e norma*; isto é, como corpo concreto, oferecido à valia em socorro de uma sociedade em ebulição, e recomendado em excelência de *modelo jurídico*. De notória flexibilidade, a jurisprudência tem sua função adiantada aos préstimos do legislador.

Essa formulação doutrinária concilia os reclamos da multiplicidade crescente das relações humanas, no entrecurso da era tecnológica, e no descortinar da chamada ‘aldeia global’. Aí, os fatores informativos da norma se conotam de solidariedade universal, mas não escapam à influência nacionalista de sua integrante política, situada bem mais perto das tensões a regular.

Proeminente na modelagem jurídica, e alçada aos níveis da normatividade de primeira linha, a jurisprudência ganhou campo investigatório que ultrapassa os lindes dispositivos do *leader case* – de interesse exclusivo das partes ligadas à decisão. Transferiu-se para o cadinho dos laboratórios universitários, ali posta a nu pelo processo crítico.

Da contribuição brasileira para esse estágio pragmático, em consentir-se mais confiantemente a força normativa dos julgados, reveja-se, ainda que de passagem, a antecedência dos principais títulos que, entre nós, renunciaram a função modelar do precedente, atuante na experiência jurídica.

Tome-se, de início, a chamada Teoria Brasileira do **Habeas Corpus**, a qual antecipou aos comandos escritos, formais e substanciais, o mandado de segurança (Constituição de 1934). Serviu de remédio emergencial para o direito líquido e certo maculado por ato de autoridade, ainda que a violação se pusesse ao largo do celebrado direito de ir e vir. No mesmo ritmo de construção normativa **praeter legem**, a exemplo mais recorrido nos usos forenses, confira-se o cancelamento do protesto cambial. No caso, a desconstituição judicial ocorre independentemente da regularidade material e da perfectibilidade do ato notarial, mas apenas em face da disfunção do protesto pelo superveniente pagamento da dívida. (Referência antecipada à Lei nº 6.690/79, que veio regular o chamado cancelamento do protesto).

De igual lavra, e agora positivamente **contra legem**, consulte-se o tema jurisprudencial da cláusula **rebus sic stantibus**, quando aderimos à teoria da imprevisão, a despeito mesmo da impediante regra do art. 1.246 do Código Civil. Veja-se ainda a correção monetária, judicialmente estendida ao inadimplemento da obrigação por ato ilícito-relativo, sem o devido consentimento do art. 1.061 daquele diploma civil, em cujos limites se encontra a solução dos débitos pecuniários.

Finalmente, como passo mais avançado, pelo seu caráter sistêmico, relacione-se a dimensão normativa, quer do prejudgado, mais em voga na Justiça Trabalhista, e contingente da prevenção de atritos na conflagrada área social do trabalho; quer do ‘direito sumular’, fruto da criatividade do Supremo Tribunal Federal. Primitivamente destinada à catalogação de padrões, de imediata serventia no mister da interpretação unificada da lei nacional, já agora a “súmula” se recomenda como via de uniformização da jurisprudência doméstica dos Tribunais em geral (novo Código de Processo Civil – art. 479).

E como legítimo tipo vincutivo, sem se falar da ‘advocatória’, sua irmã gêmea, depare-se a recém-nascida *representação para interpretação da lei em tese*. Pode-se discutir a sua conveniência, mas não se lhe deve negar aplausos pela consagração constitucional do poder normativo jurisdicional – Emenda nº 7, promulgação da momentosa Reforma Judiciária. (De fato, hoje é consabido que esses dois últimos instrumentos processuais não fruti-

ficaram, tanto por falta de animação do Supremo Tribunal para tanto, quer por uma certa inconciliação com os limites restritivos da normatividade relativa dos julgados).

Nesse moderno quadro da postura dogmática do Direito, releva notar-se que o processo do normativismo judicial tem por agentes imediatos: os advogados – na proposição dos controvertidos interesses das partes; o Ministério Público – na triagem **custos legis** desses interesses; e o juiz – na mediação jurisdicional de afinal proclamar o Direito.

Logo, numa época em que tudo se cobra ‘aqui e agora’, considere-se a eminência desses personagens forenses, postos como devedores de uma prestação social. Prestação na qual não serão tolerados deslizes de maior monta, visto que o seu conteúdo estará dissecado, mais do que nunca, sob a ótica da aberta crítica dos julgados. Mais do que nunca, portanto, deverão os seus agentes ficar atentos, no curso de uma ética própria, conclamados à consciência da prontidão do dever e ao senso da dignidade profissional – privilegiado crédito de habilitação para cobrança política de uma ordem jurídica sem percalços.”

Meus senhores: convenha-se que exortação dessa natureza, se então feita com vistas de menor pertinência com a pragmática do Direito, aqui cresce de significado, pois que dirigida como prólogo à consulta ao estado atual da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, “modelo jurídico” objetivamente manuseado como subsídio às práticas do novo recurso de interpretação – o recurso especial.

Entre nós, tal valia da jurisprudência cresceu de importância prática desde mesmo o advento da Constituição de 1891. Relembre-se, por exemplo, a recomendação aos Tribunais Federais, quando interpretassem lei estadual, para que consultassem a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa, quando os Tribunais Estaduais interpretassem a lei federal, que consultassem a jurisprudência dos Tribunais Federais. Havia até essa primazia ordinal – que a Justiça Federal se aconselhasse da Estadual para, em segundo lugar, esta se aconselhar daquela. Mas isso é compreensível porque se tratava da mais federalista de todas as nossas constituições, a dar ao Estado-membro posição de supremacia sobre a própria União, seus órgãos e suas atividades.

Apesar de tão explícito assento da inerência normativa da jurisprudência, causa espécie que aquela Carta, de parte do recurso que estabeleceu para o STF, não houvesse incluído o permissivo da divergência interpretativa dos Tribunais. De fato, somente com a reforma de 1926 a Constituição incluiu, entre os pressupostos do recurso extraordinário, também a divergência jurisprudencial.

Os comentadores de então, da reforma de 1926, já se aperceberam de que essa introdução de um novo permissivo do recurso extraordinário significasse a uniformização taxativa da jurisprudência nacional.

Consinta-se, então, que sempre houve preocupação dos nossos “juristas forenses” – permitam-me o qualificativo, eles que são os operários do foro, da utilidade do Direito, da imediatidade da decisão e nunca obreiros apenas das abstrações especulativas – com a celeridade das demandas e a tranquilidade das interpretações a serviço da pronta prestação jurisdicional.

Exemplo mais palpável daquela preocupação, endereçada à utilização para normativa da jurisprudência, foi sem dúvida a criação do nosso Direito Sumular, citada naquela minha modesta palestra como fruto da inteligência do Supremo Tribunal Federal.

Deveras, em 1964, introduziu-se no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a criação da súmula; e já em 1966, a Lei nº 5.010 permitia que o Tribunal Federal de Recursos estabelecesse súmula dos seus julgados para orientação da nova Justiça criada no País, a Justiça Federal; pelo que a súmula de julgados ganhava colocação de legalidade textual, interessado na sua valia o próprio legislador.

É certo que o Tribunal Federal de Recursos não se animou a tão alta missão. Só depois da reforma de 1977, é que tomou a si a grande incumbência de sumular sua jurisprudência. Ao sumulá-la, porém, o velho Tribunal agiu até os últimos dias da sua produtiva existência, que alcançou os primeiros dias de abril do ano passado (1989): sua última Súmula, a de nº 265, é de 28 de março, isto é, sete dias antes do definitivo encerramento de suas atividades de Tribunal de Apelação.

Tão competente experiência não podia ser deixada morrer pelos que com tanto desvelo a praticaram por mais de uma década. O novo Tribunal, de composição em grande parte oriundo do TFR, cuidou de exercitá-la, sem solução de continuidade. Daí a Comissão de Jurisprudência do STJ ter, hoje, a difícil incumbência de explanar para V. Exas. – a inteligência jurídica do País, aqui reunida – os seus primeiros passos no relevante mister; expor como anda a sumulação da jurisprudência do tribunal, porque ela interessa à esfera forense do País inteiro, como adminículo útil à solução final dos litígios e como impediante a que o novo procedimento recursal, irmão colaço do recurso extraordinário, possa tomar curso diferente da sua especialidade e insinuar a criação de uma abominável Terceira Instância.

É preciso estar atento aos predicados do recurso especial, para que não se incorra no vício de utilizá-lo a título procrastinatório da via ordinária.

Daí a excelência da conferência proferida pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, na primeira parte dos trabalho deste simpósio, pondo em destaque os mais eminentes pontos de interesse da formalística da nova via recursal.

Tome-se de exemplo o juízo de admissibilidade, como propósito cautelar da temida procrastinação. Nele reside a triagem mais eficiente da pleora de recursos que é própria da retinente irresignação dos litigantes. Da importância desse juízo, confiado ao saber de V. Exas., diga-se sem favor o acatamento que, em matéria do antigo recurso extraordinário, o Pretório Excelso lhe dispensava. Lembro, com a experiência do Procurador da República que ali funcionou por dez anos, dos dois anos que fui Vice-Presidente do TFR com delegação para despachar recurso extraordinário, e agora, de um ano como Ministro deste STJ, que só rarissimamente há discordância com o juízo de admissibilidade frustrante do recurso na instância **a quo**.

Explica-se: tratando-se de um recurso eminentemente técnico, o hoje intitulado recurso especial para questões infraconstitucionais dificilmente se manifesta fiel aos rigores da especificidade que o inspira. A salvo poucos advogados “com iniciação” na sua formalística, raramente os causídicos de maior vivência com o juízo dos fatos demonstram “habilidade” na conformação das teses de direito aos estreitos pressupostos do recurso sujeito ao rigoroso juízo de prelibação.

No tema do dissídio a demonstrar, então, é um Deus-nos-acuda do suplicio de Procusto, a distender ou a encurtar o alcance do precedente colacionado, nos necessários aspectos, primeiro, do repositório autorizado; segundo, da transcrição dos trechos que configurem o dissídio e, finalmente, menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Ademais, saliente-se como mera curiosidade da estatística anual do STJ, até o mês de agosto p. passado: dos 8.764 processos distribuídos, em matéria de Direito Público 27% são agravos de instrumento, e no campo criminal, menor é o percentual, de apenas 16%; já na área de Direito Privado, tal liberalidade da instância prelibatória se estreita, negando-se à admissão maior número de recurso especial, conforme se vê do elevado percentual de agravos, por volta de 59%. Parece correto extrair-se disso o quanto ciosos são os Tribunais locais do maior acerto de suas interpretações do Direito Privado, sua tarefa mais volumosa.

Em conclusão, no particular do dissídio pretoriano de interesse do recurso especial, observe-se que a melhor jurisprudência a colacionar é a do próprio tribunal **ad quem** – até mesmo porque (note-se sua eficácia

vinculatória!), se a pretensão recursal for contrária à jurisprudência já sumulada pelo tribunal, o recurso poderá trancar-se por decisão singular do respectivo relator. É por isso mesmo que aqui estamos para as informações mais pormenorizadas do acervo das matérias já assentadas por este egrégio Tribunal.

Inicialmente, cabe dar uma ligeira explicação de como funciona a Comissão de Jurisprudência, cujos membros a seguir usarão da palavra.

Atualmente sob minha coordenação, somos representantes de cada uma das três Seções orgânicas do Tribunal, sendo membro nato o Diretor da Revista. Informada por uma diligente assessoria, a Comissão tem por tarefa inicial uma espécie de análise **interna corporis** da jurisprudência, até certo ponto no sentido dogmático, se bem que com vistas somente à conveniência da sumulação ou não dos precedentes analisados.

O nosso Regimento estabelece quatro previsões de súmula. A primeira é muito genérica e diz respeito à uniformização da jurisprudência, nos moldes previstos pelo Código de Processo Civil; no caso, a Comissão só tem uma função, que é a de catalogar o enunciado, se acaso pacificada a discordância. A segunda, por iniciativa de qualquer dos membros das Turmas, é proposta a sumulação por convergência dos julgados – o que constituiu a grande novidade, tanto pela Súmula do Supremo Tribunal, como por aquela permissão da Lei nº 5.010. Foi a sumulação por convergência o passo mais avançado daquela velha aspiração de valoração dos precedentes (até aconselharia o mister a todos os tribunais, que hoje parecem limitados à uniformização de divergência: o ideal seria que tomassem a iniciativa de sumular a jurisprudência por convergência, cujos assentos serviriam muito aos juízes de inferior instância). A terceira sumulação, por sinal que a mais usual, dá-se por iniciativa da própria Comissão, como fruto, aliás, daquela tarefa crítica inicial. E, por fim, o quarto procedimento pode ser acionado por qualquer ministro que tenha em vista pronunciamento antecipado da Corte Especial ou da respectiva Seção, segundo a relevância da questão jurídica considerada.

Meus senhores: acredito que abusei da minha participação neste painel, a qual era de meu propósito constituísse simples “nariz de cera” das importantes proposições a cargo dos ilustres membros da Comissão de Jurisprudência – Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Ilmar Galvão.

Concedam-me, porém, mais esta paciência, para uma derradeira lôa à jurisprudência. Conquanto se diga que sua louvação é a ciência dos que não têm outra ciência, não menos correta é a posição dos realistas legais, em refrões como o de que “a lei reina, e a jurisprudência governa”, “a lei põe, e a jurisprudência dispõe”; ou como a legenda que o saudoso Prof. Pereira Lira informava

ter apostado no pórtico do Laboratório de Jurisprudência da UnB – “A lei é o Direito prometido, a jurisprudência, o Direito realizado”.

Tais legendas, na verdade, socorrem ao País, nos dias de hoje, quando se estampam estatísticas deste desanimador porte: (lê – Jornal do Brasil, “Domingo”, de 09.09.90. Notícia-se, sob o título “No Banco dos Réus”, que pelo Fórum do Rio de Janeiro, a Capital, transitam, diariamente, cem mil pessoas “de envolta” com interesses postulados em cerca dos 180 mil processos ali ajuizados por ano; e pasme-se, processos a cargo de apenas 125 juízes!); de São Paulo, recente reportagem televisada dava mostra da estarrecedora visão dos milhares de processos empilhados nas varas da capital durante uma greve de seus servidores; dos jornais de hoje, a penosa manchete obtida de entrevista do Ministro Néri da Silveira, Presidente do Supremo Tribunal Federal: “Justiça tem 5 milhões de processos parados” – Correio Braziliense. Para encerrar, veja-se esta não menos pesarosa pesquisa do IBGE – nos últimos anos ocorreram 10.670.046 conflitos, de cujos interessados apenas 45% recorreram à Justiça, já que os restantes, ou não tiveram acesso a ela, ou nela não acreditaram – Jornal do Brasil, 23.09.90.

A partir de uma realidade tão desanimadora, é por demais oportuno pôr à sábia meditação de V. Exas. a utilização da jurisprudência como meio auxiliar para obtenção da maior celeridade que se está exigindo da prestação jurisdicional, como fomento que é da paz social pela plenitude do exercício da cidadania, da qual ressalta em primeiro plano o fácil acesso ao Judiciário.

É certo que a causa maior do que se vem chamando “a crise do Poder Judiciário” reside mesmo na incompreensível ausência de prioridades de governo, por uma política judiciária que ataque, no mínimo, os dois maiores pontos de estagnação – a falta de pessoal e de recursos financeiros para maior eficiência da emperrada máquina forense.

Mas, ousar exortar, na ausência dessas políticas, emergencialmente já muito se fará em se modernizando o academismo da sentença, à luz do Direito como ciência aplicada, cujo mecanismo pragmático mais à mão é a padronização da jurisprudência, a estilo de um mais objetivo “modelo jurídico”.

Paz e felicidade para V. Exas., nessa missão a que convocados pelo Superior Tribunal de Justiça a emprestar a colaboração de sua reconhecida experiência no trato de tão tormentosa temática.

Concedo a palavra ao Sr. Ministro Ilmar Galvão, sobre a jurisprudência da egrégia Primeira Seção, de Direito Público.

Palestra proferida no Encontro dos Presidentes dos Tribunais – 28.09.90.

Ativismo Judicial

Evandro Gueiros Leite

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

O ativismo do juiz como princípio de Direito Processual

A literatura sobre o ativismo do juiz já se faz ampla, mas o seu estudo ainda exige a fixação de noções propedêuticas no âmbito do Direito Processual Civil como ciência. Sendo o Direito Processual Civil conjunto de princípios jurídicos que regulam o processo e disciplinam a atividade jurisdicional do Estado¹, o ativismo é um desses princípios, a exemplo de outros que informam e inspiram esse ramo da ciência jurídica, muitos dos quais já legislados.²

1. O Direito Processual Civil é ciência e legislação, porque se alimenta e inspira nos princípios e opera ou impera através da norma escrita. O Direito Penal, por exemplo, atua também por coação ética ou exortativamente (Evandro Gueiros Leite, *Conflitos Intercontextuais de Processo*, Freitas Bastos, 1963, pp. 9, 17 e 19). O processo não regula apenas a atividade jurisdicional do Estado, mas também a atividade jurisdicional privada, nos casos do compromisso ou juízo arbitral e da própria atividade das partes privadas no processo, estabelecendo-se normas de capacidade, representação, oportunidade, legitimação e outras.
2. José Augusto Delgado, escrevendo sobre a subordinação da ciência jurídica aos princípios que lhe servem de diretriz, ensina, firmado em Cappelletti, que o Direito Processual é como um espelho, no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico (A Tutela do Processo na Constituição de 1988, *Princípios Essenciais*, Amagis, 18:78, jun. 1989, n. 2; Mauro Cappelletti, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, trad. cast., Buenos Aires, 1973). Há princípios de natureza diretora, como o da oralidade, e dele outros se deduzem com características próprias: impulso processual, imediatidade, livre apreciação da prova. Estudiosos confirmam que o ativismo do juiz é mais bem desenvolvido nos sistemas processuais onde predomina o princípio dispositivo, "*pars que tous le rapporteurs nationaux confirment que dans leur système national l'activisme du juge croît, tandis qu'on maintient le principe dispositif*" (Azmy Abdel Fattah Ateia, p. 30, IX^o. *Congrès Mondial de Droit Judiciaire*, Coimbra-Lisboa, 25-31 août 1991, p. 486, n. 6, b). A alegada antinomia entre esse princípio e o ativismo não é mais do que aparente (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*): o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes; deve julgar segundo o provado pelas partes, CPC, art. 130 – Liebman, *Manuale*, v. 1, p. 230, n. 128; Barbi, *Comentários ao CPC*, 1^a ed., 1975, v. 1, t. 2, pp. 530-1, n. 697; Calamandrei, *Instituciones*, trad. arg., 1943, v. 1, pp. 330-2; Cappelletti, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*, Milano, 1962, v. 1, p. 337. No princípio dispositivo, segundo Cappelletti, estaria apenas a proposição de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes. Barbi esclarece que esse princípio vem sofrendo reexames e foi abrandado à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento do interesse preponderantemente das partes e

O *comportamento* tem que ver com a habitualidade de certa conduta, cuja tendência pode ser, na esfera do direito, a *jurisdicionalidade* de que fala **Toshio Mukai**³. O *ativismo*, como conduta habitual, torna-se princípio e caminha para a formação de material jurídico positivo. A aplicação do direito é *produção* de direito como **norma agendi**.

O *ativismo* condiz, pois, com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária: atuação de um Poder (política); função do **jus dicere** (finalidade); processo e organização (instrumentalidade). Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova idéia de direito, com o juiz como figura principal, segundo a lição de **A. Peyrefitte**⁴. Também **Antonio Escostegury Castro**^{4a}.

passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado para atuar a lei que edita. Assim, o ativismo do juiz é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperantes (cf. Ac. da Corte de Cassação da França, de 24.11.1989, Sirey, 1990, jur., 429, **apud** Relatório, p. 486 (a)). Outros autores são favoráveis à prevalência do princípio inquisitivo, porque por ele dividem-se as atividades das partes e do juiz no processo. Segundo o processualista inglês **Jack Jacob**, o juiz, pelo sistema inquisitivo, tem um papel ativo, autoritário e interventivo (*The Fabric of English Civil Justice*, Londres, 1987, pp. 6-7, Relatório, p. 423, II). **Normand, Fix-Zamudio** (*Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial*, México, 1986, pp. 41-2); **Smith**: “*processual issues, however, do not fall under the principle of party presentation*” (o litígio seria concernente ao juiz); **Cappelletti**, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1969, p. 387, Relatório, p. 423: o julgamento será não somente o resultado da conduta pré-processual das partes, mas alcançará, igualmente, a situação pós-processual dessas mesmas partes. No Brasil, o CPC adora, de certo modo, os dois princípios. **Pontes de Miranda** fala, quanto aos princípios fundamentais, que aqui se tenta uma síntese de ambos: os arts. 2º, 128, 293 e 460 cuidam da livre incoação das partes, embora o juiz possa apreciar de ofício certas matérias (arts. 15, 113, 219, § 5º, 267, § 3º, 295 e 301, § 4º). O art. 262 reflete os aspectos ressaltados por **Cappelletti**: atuação pré e pós-processual ou mesmo de desenvolvimento combinado. Novamente **Pontes de Miranda**, nos seus Comentários ao CPC (1974, t. 1, p. 69), ensina que na excessiva *concentração* mal se disfarça por vez a inquisitividade (arts. 294, 304, 282, VI, e 283).

Confirmam-se os princípios legislados: causalidade (art. 248); estabilidade da lide (arts. 321, 262, 303, I); eventualidade (art. 300); fungibilidade recursal (art. 496); identidade física do juiz (art. 132); instrumentalidade das formas (arts. 244, 284, 327); isonomia processual (art. 125, I); lealdade processual (arts. 14, II, 16 e 18, 599, II, a 601); perpetuação da jurisdição (art. 87, 2ª parte); sucumbência (art. 20); duplo grau de jurisdição (art. 515, §§ 1º e 2º). Na Lei nº 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas): princípios da celeridade, da economia processual e da informalidade (art. 2º). **Pontes de Miranda** menciona, ainda (Comentários ao CPC, cit., t.1), os princípios da publicidade (que atualmente já é constitucional – art. 5º, LX), da livre dicção do direito objetivo (**iura novit curia**), da relevância das normas de competência e da audição jurídica.

3. O direito e seu discurso legitimador – I, Revista do IA/SP, 2:40.

4. *Les chevaux du lac Ladoga* (Relatório, p. 405 (2)).

4a. A necessidade de controle social sobre o Poder Judiciário, OAB, v. 20, n. 55, set./dez. 1991. Dissertando sobre a natureza do ato de julgar, afirma que a “aplicação do direito também é *produção* de direito” (p. 159).

A pragmática do ativismo judicial

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude *voluntariosa*, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

O ativismo não é, porém, um novo sistema fora da realidade do processo, como pareceu a **M. Cappelletti**⁵, ao perguntar por que os tribunais não poderiam atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas, pois que com elas lidam diuturnamente. Citou o exemplo da Corte Europeia de Strasbourg, que, todavia, não é um tribunal de jurisdição ordinária ou comum^{5a}.

As conclusões do IX Congresso de Portugal⁶

Não foram extremadas as conclusões a que chegou o IX Congresso de Direito Judiciário, realizado em Portugal, onde o ativismo do juiz foi es-

5. *The law-making power of the judges and its limits, in The Judicial Process in comparative perspective*, cit., p. 34 (Relatório, p. 488 (1)).

5a. **Matsches**. Relatório, p. 488 (1), *in fine*.

6. IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, Coimbra-Lisboa, 25-31 ago. 1991, Relatório Geral sobre Ativismo do Juiz, redigido por **Marcel Storme** (Gent, Bélgica) e **Dagmar Coester-Waltjen** (Munique, Alemanha). Gentileza de **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, representante do Brasil. Também recebemos, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, por gentileza de sua Secretária-Geral, **Ada Pellegrini Grinover**, o relatório elaborado por **José Raimundo Gomes da Cruz**, associado do Instituto e um dos representantes do Brasil no IX Congresso. Ele faz referência aos demais representantes: **Carlos Azevedo**, **Sérgio Bermudes**, **Cahali**, **Dinamarco**, **Barbosa Moreira**, **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, **Athos Gusmão Carneiro**, **Marcato**, **Bedaque**, **Nalini**, **Peluso**, **Portanova**, **Ada Pellegrini Grinover**, **Galeno Lacerda**, **Simões**, **Arruda Alvim** e **Teresa Alvim**.

O IX Congresso manteve a seqüência de três Congressos anteriores, realizados na Bélgica, 1977, na Alemanha, 1983, e na Holanda, 1987, além do Congresso Extraordinário de Bolonha, 1988. Tais atividades vinculam-se às finalidades essenciais da Associação Internacional de Direito Processual, dentre as quais ressaltam a posição do aparelho Judiciário como “ pilar do Estado de Direito” e a “Justiça com rosto humano”. O processo judicial tornou-se num “produto de massa” ou “macrodireito judiciário”, em contraste com o “microdireito judiciário”, que não interessava senão às partes. Pensa-se, ainda, na criação dum **jus commune**.

Especificamente sobre *ativismo judicial* tivemos os seguintes tópicos das atuais tendências: o juiz como porta-voz, intérprete, pesquisador, criador do direito; o juiz contra a lei; protagonista do processo, conciliador, engenheiro social, descobridor da verdade. A extensão do ativismo do juiz no domínio do processo contou com os seguintes desdobramentos: ajuizamento da demanda, partes na lide, objeto da lide e seus limites, debate judiciário,

colhido como um dos temas principais, contando-se com a participação de mais de quarenta relatores de vários países⁷.

As teses marcantes foram as seguintes: enquanto declina o princípio inquisitivo, que caracteriza o tipo socialista de processo, aumenta o poder do juiz que dirige e ordena o processo e tem o livre exame das provas; o ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores. Se o juiz tornou-se um autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o *executivo* de que a Justiça necessita. O critério (2) foi inicialmente qualificado como *case flow management*, de **Graham D. S. Taylor**, que examinaremos mais de espaço.

desenvolvimento do processo, sua direção, formas e prazos; descoberta da verdade (sistemas acusatório, inquisitivo e misto, abrangendo o ônus da prova e o papel do juiz, o término do processo sem julgamento).

No campo do direito material, contemplou-se a *judicial review*, o relacionamento do Judiciário com o Executivo e a vinculação dos julgamentos aos precedentes. Destacou-se a intervenção judicial no plano dos contratos. Acolheram-se as sugestões de **Galeno Lacerda** acerca do *sobredireito processual*.

Não foram descurados os seguintes temas paralelos: ética profissional e justiça processual (Judith Resnik); independência e responsabilidade de juizes e advogados (Nicola Pricardi e Shimon Shetreet); finalidade dos Conselhos Superiores da Magistratura, símbolo de tendências evolutivas mais gerais; responsabilidade legal dos juizes, e pública, controles informais sociais e profissionais; profissão e carreira dos juizes, nomeação, quantidade, remuneração e *status* social). Carpi e Di Federico, com relatório de Lagrasta Neto, cuidaram da educação e treinamento dos juizes, isto é, formação universitária, treinamento profissional, recrutamento profissional e burocrático, aperfeiçoamento permanente.

Henrik Lindblom e Garry D. Watson, sendo relator Barbi, cuidaram do julgamento das questões complexas (*complex litigations*), próprias dos norte-americanos mas com tendência ao surgimento em outros países (grandes desastres, distribuição de produtos danosos, questões ambientais). Também trataram das *group actions, organization actions e class actions*.

7. Do Relatório consta que foram recebidos trabalhos dos representantes seguintes: I – *Common law* – James J. Alfini e Linda J. J. Griffiths (USA), N. H. Andrews (Grã-Bretanha), I. D. Macphail (Escócia), Graham D. S. Taylor (Nova Zelândia). II – *Jus Civile Continental* – Hans W. Fasching (Áustria), Mark van Hoecke (Bélgica), Konstantinos Kerameus (Grécia), Carlos de Miguel (Espanha), Jacque Normand (França), Ergun Ozsunay (Turquia), Walter A. Stoffel e Fabienne Hohl (Suíça), Rolf Sturmer, Astrid Stadler e Heinrich Nagel (Alemanha), Nicolo Trocker (Itália), Alexandre Pessoa e Miguel Teixeira de Souza (Portugal). III – Europa Central e Oriental – Mihajlo Kika e Alan Uzelac (Iugoslávia), Tadeus Erecinski (Polônia), A. Winterova (Checoslováquia). IV – *América Latina* – Roberto O. Berizonce (Argentina), Jorge Fabrega (Panamá), Galeno Lacerda (Brasil), Enrique Vescovi (Uruguai). V – África e Oriente Próximo – Azmy Abdel Fattah Ateia (Egito), A.C. Cilliers, W. Le R. de Vos e D. E. e Van Loggremberg (África do Sul), Stephen Goldstein (Israel). VI – Países Escandinavos – Irma Lager (Finlândia), Henry Jonh Maeland (Noruega), Eva Smith (Dinamarca), Krister Thelin, Gunnar Bergholz e Lars-Göran Abelson (Suécia), Thor Vilhjalmsson (Islândia). VII – Ásia – K. B. Agrawal (Índia), Moon-Hyuck Ho (Coreia). VIII – Cortes Internacionais – Walter Van Gerven e L. Roeges (Luxemburgo), F. Matscher (Strasbourg).

Para a maioria dos relatores, o juiz tem papel marcante quando diz o direito para as partes litigantes – no microprocesso – e para a sociedade como um todo – no macroprocesso –, e este último devido à divulgação das decisões através de publicações especializadas, naquilo em que essas decisões propendem, deliberadamente, para o aperfeiçoamento das instituições, **pari passu** com as atividades dos outros Poderes do Estado⁸.

Causas próximas e remotas do ativismo judicial

O representante grego **Konstantinos Kerameus**⁹, associado ao pensamento de **Cappelletti**¹⁰, destacou o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para *balanceamento* do sistema; ou ainda, conforme expressou **Goldstein**¹¹, devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder. Em Israel verifica-se, por isso mesmo, o fenômeno crescente da substituição das soluções administrativas ou legislativas por soluções judiciais.

Essa atuação do Judiciário foi elevada à categoria de ativismo judicial, tal como a estudaram os juristas holandeses e belgas na obra intitulada *Justice and efficiency*: o *ativismo* seria o resultado da evolução social, política e cultural de nossa época, dado que o *processo* tem sido sempre o reflexo das sociedades em certos períodos. Permitiu-se constatar que em muitos países o *ativismo* já é realidade, principalmente naqueles em que se adota o princípio dispositivo aperfeiçoado.

O representante dinamarquês, no IX Congresso, de Portugal, salientou os riscos inerentes ao sistema processual em que o juiz apenas preside os trabalhos forenses, visualização estreita do seu papel no processo. O *ativismo* permitiria, ainda, harmonizar os diferentes ramos do processo em cada país (administrativo, fiscal, penal, disciplinar, social e comercial).

O juiz ativo e o juiz ativista

Faz-se distinção entre o *juiz ativo* e o *juiz ativista*, numa tentativa de conceituação do *ativismo* atribuída a **Roberto C. Berizonce**: “o juiz que pro-

8. **Erecinski**, nova legislação processual na Polônia (20.12.1989); Maatz, resultados do reencontro de juizes alemães e soviéticos em 1991 (Relatório, p. 408, I (1)).

9. “*The equivalent distribution of power between the Judiciary and the other branches of Government, combined with a deliberate propensiveness to influence societal developments*”.

10. *The Law Making Power...*, in *The Judicial Process*, cit.

11. “*The everincreasing powers of the Legislative and Executive branches justify, indeed demand, a parallel growth of the Judicial Power to preserve a balanced system*”.

nuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado *ativo*; será *ativista* se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”.

Menknecht e Verschool¹² abordaram o tema no Congresso de Utrecht, em trabalho já citado. **E. Vescovi**¹³, baseado na classificação de **François Ost**, destacou o juiz como *engenheiro social*, ao lado do legislador e do jurista, chamados, todos, por **Van Caenegem**¹⁴, de os *senhores do direito*. **Cox**¹⁵, ativista extremado citado por **Alfini e Griffiths**, chegou ao ponto de apregoar uma *justiça alternativa*, fora das limitações políticas do direito e de acordo com o discernimento do juiz.

Maeland¹⁶ diz que o legislador está deixando aos tribunais a solução de certos problemas que lhe sejam mais afeiçoados pela prática diuturna (“*is leaving it to the Courts, through their practice, to find solutions to the problems in line with the developments and requirements of the society*”).

Stürner e Stadles¹⁷ pregam que cada julgamento do juiz ativista passa a ser considerado como um marco na evolução do direito, seja no microcosmo das partes, seja no macrocosmo do processo que interessa à sociedade como um todo.

Normand¹⁸, entre outros, fala do grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. **Héctor Fix-Zamudio**¹⁹ ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas condições ao julgador, a fim de que exerça uma função ativista.

O ativismo no Judiciário norte-americano

Segundo **Vincent Blasi**²⁰, o ativismo judicial tem estado no centro do

12. *Justice and efficiency*, Deventer, 1989 – Relatório.

13. **Apud F. Ost**, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelas, 1983, p. 1 e s. **Ost** classificou: o juiz que evita o conflito, resolve o conflito e modifica situações.

14. *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987, trad. it., Milano, 1991: *I signori del diritto*.

15. *The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?* *MD. Law Revue*, 118, 121-122, 1987 – Relatório.

16. **H.J. Maeland**, p. 13. Também **Demogue**.

17. Relatório.

18. **J. Normand**.

19. *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial*, cit., pp. 41-2, Relatório.

20. A Corte Suprema, instrumento de mudança, trad. do inglês Élcio Gomes Teixeira, *RDP*, 79:5 e s. (**Blasi** é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, NY).

discurso constitucional norte-americano pelo menos há meio século. O autor considera a abordagem ativista do exame judicial como verdadeiro contra-estímulo à *contenção* dos juizes, o *self restraint* de que fala **Cox**.

Certas decisões judiciais podem pretender beneficiar o sistema através do desenvolvimento de situações jurídicas e ajudar a moldar padrões judiciários de impacto social ou político, muitas vezes sem deferência para com os demais Poderes, como aconteceu quando a Corte Suprema, formada por uma pequena maioria proveniente da aristocracia sulista, anulou trezentas e setenta e sete leis de indole intervencionista num curto período de cinco anos²¹.

O papel das cortes de Warren e Burger

Blasi destaca a disposição ativista das Cortes do passado quando decretavam a inconstitucionalidade da lei. Hoje, diz ele, dificilmente será controvertido, em termos de teoria política, a Corte Suprema invalidar uma lei ou uma atuação estatal, a fim de defender valores nacionais. Em dezesseis anos a Corte de Warren invalidou dezenove disposições de leis federais. Em seus primeiros quinze anos, a Corte de Burger invalidou trinta. Outro indicador do ativismo judicial norte-americano seria a disposição da Corte de assumir papel proeminente na solução de crises constitucionais, aquelas raras disputas que sacodem o organismo político até os alicerces.

Os riscos da “contenção judicial”

Teóricos da *contenção judicial* apregoam que as Cortes precisam ser especialmente cuidadosas nas situações de crise, quando as controvérsias somente

21. Algumas vezes o ativismo do juiz é negativo. **Marcus Cláudio Acquaviva** (O Surgimento do Estado Intervencionista e a Função Executiva do Estado Moderno, FMU-Direito, n. 1, p. 56, 1986) comenta que juizes conservadores prevaleceram em decisões tomadas pela Corte Suprema norte-americana por maioria precária de cinco contra quatro votos, passando tais julgamentos a ser chamados de *five to four* e censurados por Budin, em panfleto intitulado *Government by Judiciary*. O Juiz Fabiano Corrêa (Administração da Justiça e Responsabilidade Civil, Revista de Informação Legislativa, n. 83, 1984) também comentou que, em certas situações os tribunais, especialmente as Cortes Supremas, embora busquem no campo do Direito as razões de decidir, costumam, com grande proveito para o bem comum, outras desastrosamente, tomar posições nitidamente políticas. Cita, como lamentável, a decisão da Suprema Corte norte-americana, ao proclamar a escravatura uma instituição *sacrossanta*. Se não o tivesse feito, talvez houvesse poupado à nação os horrores da Guerra de Secessão. Segundo **Edgar Bodenheimer** (Ciência do Direito, *apud Corrêa*, pp. 370 e s.), as Cortes inglesas, quando, nos primórdios do século XIX, negavam indenizações por acidentes do trabalho, faziam-no “para não prejudicar o florescente desenvolvimento industrial do país”.

deveriam ser resolvidas pelos outros dois Poderes, diretamente responsáveis perante o eleitorado. Mas a Corte de Warren não aceitou o critério do precedente como elemento de contenção judicial nas decisões sobre integração escolar e chegou a participar da disputa sobre a legalidade da Guerra do Vietnã. Por seu turno, o ativismo judicial da Corte de Burger foi altamente significativo na controvérsia de *Watergate*. Se o caso tivesse tido tramitação normal, o processo de *impeachment* contra Richard Nixon consumir-se-ia como um desastre para o sistema, antes que a Corte pudesse decidir sobre as reivindicações de privilégio do Executivo, apresentadas por Nixon. Nesse caso, a Corte agiu com presteza e por iniciativa própria, arriscando no processo grande parte de sua estatura institucional, se Nixon se recusasse a atender à ordem de entregar as fitas. O caso EEUU vs. Nixon é exemplo bem sucedido de ativismo judicial, de tal modo que ainda será citado por muito tempo como decisão judicial bem sucedida e que beneficiou uma democracia^{21a}.

As vantagens do ativismo: ainda o caso EEUU vs. Richard Nixon

Outro teste do ativismo judicial norte-americano poderia ser o grau de amplitude das questões para as quais a Corte está disposta a desenvolver padrões constitucionais que ajudem a moldar o panorama político. A Corte Warren teve grande influência sobre as liberdades civis, porém fez menos do que muitas das suas antecessoras, incluindo a Corte de Burger, para interferir na estrutura do regime, inclusive quanto à *separação dos Poderes*.

21a. Os defensores da *contenção judicial* exaltam o risco das tensões e impasses capazes de quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Mas, para alguns, o que transparece, às vezes, por trás da contenção, é mais preocupação de índole política do que jurídica; ou quando se pretende facilitar o estabelecimento de precedentes contra a avalanche de certas ações que, se bem-sucedidas, podem acarretar ao Erário sobrecarga tamanha que este talvez não esteja em condições de suportar. Essas decisões quase sempre são proferidas com proveito para o chamado bem comum ou interesse público. Todavia, pelos exemplos da História, as tensões e os impasses são criados de parte a parte. O governo ditatorial anulou, drasticamente, por simples decretos-leis, várias decisões do STF (RTJ, 55:208). Recentemente, o STF teve projeto de lei do seu interesse e da classe vetado pelo Chefe do Poder Executivo. O desmerecimento teria afetado o princípio das *imunidades recíprocas*, de que falou Rui (cf. **Homero Pires**, Comentário à Constituição Federal, v. 1, p. 346) e poderia ter gerado grave tensão institucional, bastando fosse o STF acionado em face do art. 102, I, n, da Constituição. Assim ocorreu na Corte de Burger, no caso da inflação e dos vencimentos dos juizes americanos. E Roosevelt chegou a patrocinar contra a Suprema Corte a nomeação de um juiz para cada membro que tivesse mais de setenta anos, a fim de assegurar a continuidade do *New Deal*, bloqueado pelo conservadorismo da Corte. Mas para a Corte também seria simples agir, conforme resumiu o Juiz Darlan: “se não gostamos dum ato do Congresso, não temos muita dificuldade em achar fundamentos para declará-lo inconstitucional” (**José Sarney**, A Grande Missão do Supremo Tribunal Federal, Senado Federal, 18.4.1991, pp. 31-4).

Este foi sempre um dos pontos problemáticos na atuação ativista do juiz norte-americano.

O caso citado (EUA vs. Nixon) funcionou, porém, como paradigma do desenvolvimento de controles constitucionais contra a possibilidade de governantes com pendores absolutistas, como acontece algumas vezes em regimes presidencialistas.

Essa atuação não se fez notar apenas em relação ao Executivo, mas também nos casos em que foi preciso impor limites ao poder do Congresso norte-americano, de regular o comércio ou de criar tributos e até mesmo de introduzir normas no âmbito do processo eleitoral²².

Montesquieu e a fórmula de controle do poder

Embora embasado na fórmula habilidosa de Montesquieu, de dividir o Poder para melhor controlá-lo, o sistema norte-americano chegou à realidade de que a solução tripartida, se útil no passado, vem-se revelando insatisfatória no presente, salvo nos regimes parlamentaristas, em que a solução quadripartida é incontestada e estabilizadora das nações desenvolvidas.

22. **Aliomar Baleeiro** (Uma Nova Estrutura do Judiciário Brasileiro, RBDP), tratando da competência constitucional do STF advertiu para a necessidade da interpretação construtiva, que supre lacunas, freia inovações inoportunas do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omissivo, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição. Já havia eu escrito a propósito (Transição, Brasília, TFR, 1988), que na fase institucional contemporânea à Constituinte (1988), o Legislativo estava em desreque pela frustração de tantos anos, necessidade quase fisiológica de ocupação de espaços vitais em todos os setores da vida nacional, até mesmo em áreas privativas dos demais Poderes. Embora exagerada a previsão de alguns sobre uma possível tomada do poder pela Constituinte (estava em voga o livreto de **Jan Kosak**, denominado O Assalto ao Parlamento ou a Tomada do Poder pela Constituinte, na Tchecoslováquia, trad. Vicente Barreto), o fato é que disso resultou uma Constituição que praticamente inviabilizou a governabilidade do País, causando entrechoques entre o Executivo e o Legislativo, que somente o STF pôde aplinar. A recente disputa em torno da atualização das aposentadorias previdenciárias e quanto ao cumprimento de decisões judiciais a respeito levou a sério atrito entre o Legislativo e o Executivo, envolvendo a Constituição (art. 100; e ADCT, art. 33). O Executivo recusa-se a reconhecer o reajuste nos índices pretendidos (147%). E para conter o cumprimento das decisões judiciais concessivas, alegando falta de recursos editou o Decreto nº 430, de 20.01.1992, com que regulamentou a Lei nº 8.197/91 (art. 4º) e diferiu os pagamentos a precatórios à conta dos créditos respectivos. O Legislativo retrucou com o Decreto Legislativo nº 3, de 1992, para sustar a execução do regulamento. O STF limitou-se a proferir decisões deliberatórias sobre o assunto, embora pudesse ter resolvido, desde logo, o mérito da questão para evitar o conflito, tanto mais porque o incidente tem servido de pretexto para o retardamento da votação, no Congresso, de projetos inadiáveis e de real importância ao desenvolvimento nacional, dada a radicalização das facções partidárias de oposição. São vários os processos já chegados ao STF sobre o assunto, como as ADIns nºs 670, 671, 675 (esta examinada provisoriamente, mas apenas em parte) e 674.

Escreve ainda **Blasi** que os magistrados moderados e pragmáticos podem até manter o equilíbrio do Poder, mas não são capazes de fazer escolhas fundamentais. Como resultado, a sua produção jurisprudencial, aproveitável embora, nada apresenta da qualidade geradora e da força moral dos magistrados ativistas, que transcendem de decisões ideológicas e moldam idéias básicas localizadas no centro das disputas políticas.

Estudo do ativismo judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo do juiz tem sido estudado com a mesma seriedade dispensada ao estudo do Direito Processual, ramo das leis mais rente à vida e pelo qual se poderiam até classificar os povos²³. Não o importamos como produto acabado, nem o seu *know how*, mas apenas a base científica sobre a qual os nossos estudiosos trabalham com independência de pensamento, embora comprometidos com reflexões e experiências alheias²⁴.

O nosso Código de Processo Civil é repositório científico válido, com institutos recebidos, é certo, mas já constituindo direito de um povo²⁵, por mais integrado que esteja esse povo em certas áreas alienígenas de cultura²⁶.

A infra-estrutura judiciária é, porém, arcaica, porque ainda apegada ao formalismo de **Hans Kelsen** e de **Wilhelm Sauer**²⁷, que não prima pelo sentido e escopo do Direito Processual independente daquilo que as partes têm em vista, acima do intuito de pacificação e pela realização do direito como finalidade principal.

Somos vítimas da concepção de uma Justiça até agora de mãos cruzadas, concebida sob a inspiração de **Hellwig**²⁸, embora com razoáveis perspectivas, no entender de **Galeno Lacerda**²⁹.

23. **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, Prólogo, p. XV.

24. **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XLVII.

25. Veja-se, por exemplo, o art. 462 do CPC, que dispõe sobre direito superveniente à propositura da ação. Consta do Relatório do IX Congresso que nenhum Código foi tão longe quanto o brasileiro nessa matéria (“*il se peut aussi que depuis l’introduction de l’instance de nouveaux faits, que pourraient influencer le jugement, surgissent. Quoique l’on admette une certaine souplesse (4) aucun Code ne va aussi loin que le Code brésilien qui en son article 462 déclare que le juge peut même d’office tenir compte de ces nouveaux faits (5)*”). “As partes podem invocar fatos novos supervenientes ou descobertos após a instauração da instância” (**V. Fettweis**, *Manuel de Procédure Civile*, 2. ed., Liège, 1987, n^{os} 73 e 74, pp. 90-1). A concordância das partes é exigida no Direito dinamarquês (**Smith**, p. 13 – Relatório, p. 431 (5)).

26. **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. L.

27. **Pontes de Miranda**, Comentários ao CPC, cit., t. 1, p. XXI.

28. **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda n^o 2/85 (RISTF) e a boa razão, *Revista dos Advogados de São Paulo*, 26:31 e s.

29. *O Juiz e a Justiça no Brasil*, pp. 69-70. O autor ressalta dispositivos do nosso CPC que constituem normas de *sobredireito processual*. São preceitos revolucionários a ponto de

Ainda a doutrina da separação dos poderes

A tais dificuldades alia-se a rígida doutrina da separação dos Poderes, como se estes não fossem, afinal, simples prolongamentos do poder do Estado. Mas o Judiciário, no desempenho de sua missão moderna, pode praticar atos que vão desde a sentença clássica (individual) até atos propriamente legislativos, no seguinte escalonamento: sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase-legislativos e atos plenamente legislativos^{30, 31 e 32}.

Atualmente sustenta-se que os Poderes somente se definem sob o ponto

arredarem dogmas conservadores consagrados e imutáveis, rasgando horizontes “tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante”.

Sobre a nossa infra-estrutura judiciária, o autor condiciona-a à insuficiência do número de juizes, grande volume de feitos e escassez de recursos (p. 71). São deficiências materiais que já contrastam com as inovações da Constituição de 1988, que libertam a Justiça do individualismo jurídico arcaico, através de sentenças normativas. O autor parece satisfeito com o critério de recrutamento dos nossos juizes pelo concurso de títulos e de provas, por ser severo e a seleção rigorosa (p. 53, item 3), o que certamente não satisfaz em matéria de ativismo, no pertinente à preparação e à formação dos candidatos, que se farão através de Escolas e Cursos (“*cet activisme pose néanmoins à nouveau dans toute son acuité le problème de la sélection des juges (omissis). Le problème de la sélection a fait l’objet d’un rapport général à Gent (4) (omissis)*”). Cf. Relatório, p. 490 (5). Embora o concurso permaneça, deverá prescindir da simples memorização dos temas, substituindo-a em sua grande parte pelo conhecimento e capacidade de análise.

30. **Evandro Gueiros Leite**, A Emenda nº 2/85... Revista dos Advogados de São Paulo, cit., p. 30, n. 10; **Nelson de Souza Sampaio**, O STF e a Nova Fisionomia do Judiciário, RDP, 75:8, 1985. Trata-se de mecanismo interventivo como forma de limitar, equilibrar o exercício dos Poderes (**Castro**, A Necessidade de Controle..., OAB, cit., p. 157). **Antonio Brancaccio** (Discurso, apud Ministro Pádua Ribeiro, A Modernização da Justiça Federal no Brasil: o seu Alcance Social, São Paulo, 22.07.1989, p. 35) também valoriza esse mecanismo interventivo, quando ensina que se deve deixar “um pouco de lado a tripartição de **Montesquieu**” e buscar um justo equilíbrio, dentro de uma escolha de liberdade menos de caráter ideológico do que cultural.
31. Emenda aditiva à Constituição, não acolhida, do Senador José Ignácio, pertinente à substituição, em certos casos, da sentença norma individual pela sentença normativa.
32. **Paulo de Figueiredo**, Revista de Informação Legislativa, 31:75, 1964 – Os fatos vieram demonstrar que “o ciclo da teoria de **Montesquieu** estava encerrado e que tempos novos exigiam para o problema novo tratamento...”. A verdade é que a linha de separação entre os Poderes tornou-se cada vez mais tênue, tanto que nas atribuições muitas vezes se confundem. É questão apenas de bem ordenar essa combinação de forças, de modo a que não haja hipertrofia. O Poder Legislativo instaura comissões parlamentares de inquérito, aprova tratados, embaixadores, ministros de tribunais superiores. Elabora leis interpretativas, concede anistia e faz julgamentos políticos. O Poder Executivo tem atribuições legislativas: iniciativa de leis, sanção ou veto, poder regulamentar, medidas provisórias. Também julga administrativamente e perdoa. O Poder Judiciário age na esfera legislativa no controle da constitucionalidade das leis e vai até a formulação da norma em hipótese, pelo mandado de injunção (pp. 78-9).

de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional.

É bom lembrar que no art. 119, § 1º, da CF/67-69, se outorgou competência ao STF para legislar sobre processo no regimento interno, dando lugar a uma competência concorrente ou paralela (**Cappelletti**: “*why should not the courts be or have the potential for being, the best possible legislators in the determination and constant adaptation of the technical rules of procedure wich they have routinely to deal?*” – Relatório, pp. 487-8 (1)).

O ativismo no STF e no antigo TFR: amostragem

Não há no Brasil ativismo judicial com foros de cidade, que se revela apenas em julgamentos ocasionais³³.

Senão vejamos.

O antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) opôs-se, em votos isolados

33. **Galeno Lacerda** acha que já estamos atingindo o verdadeiro estágio do ativismo positivo. Ele enaltece o papel do juiz na sociedade brasileira e fala de sua independência e do prestígio que goza (p. 54). O papel do nosso juiz, diz ele, é criador, embora controlado por um maior conservadorismo dos tribunais superiores. Salienta o apelo à equidade e à Justiça em concreto (com o afastamento da *literalidade*), como instrumentos nas mãos do juiz, que pacifica conflitos com a mais alta eficiência, realizando verdadeira obra de engenharia social (p. 55), idealização de **Van Caenegem** em trabalho referido no Congresso (*Judges, Legislators and Professors* – Relatório, p. 419 (1)).

O autor salienta o enorme poder de ofício do nosso juiz para a busca da verdade real, mesmo nos processos dispositivos. Para ele se firmou no Brasil a doutrina de que a função cautelar do juiz é permanente, imanente e concomitante às demais funções jurisdicionais (p. 58) e algumas vezes até mesmo de cunho discricionário (p. 59). O juiz brasileiro pode terminar o processo com ou sem julgamento de mérito; pode controlar a constitucionalidade das leis; pode preencher lacunas legais ou regulamentares. Fala da inovação trazida pela Constituição vigente e que consiste na outorga de legitimação processual ativa aos entes coletivos, rompendo com o individualismo jurídico que vem dominando a séculos a Ciência do Direito. Conseqüências dessa inovação seriam as sentenças normativas fora do âmbito da Justiça do Trabalho. Assim, a atividade do juiz pátrio revela-se verdadeiramente criadora do direito material, assumindo grande importância em outras áreas de natureza política e social. O juiz brasileiro, continua ele, tem ainda poderes *antiformalistas*, graças ao nosso CPC, que contém preceitos *relativizantes das nulidades* (arts. 244, 249, § 1º, 250, parágrafo único, 154), avançando através da *atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes* (art. 462). **Galeno Lacerda** informa haver lançado, ainda em 1983, a idéia do *sobredireito processual*, constituído por normas superiores, esse conjunto de regras que dispõem sobre a incidência e aplicação de outras regras, as quais eliminam os excessos e abusos do formalismo processual. “A verdade, conclui ele, é que o juiz, no Brasil, exerce com plena eficiência aceitação política e social, papel proeminente na criação do Direito em concreto, através de um *ativismo positivo*, dentro do sistema constitucional vigente” (p. 71).

O relatório de **Galeno Lacerda** foi bem recebido no IX Congresso, no tocante à idéia do *sobredireito processual* como instrumento da atuação do juiz ligada ao ativismo judicial.

Aqui no Brasil, além de **Pontes de Miranda**, por ele citado e que difundiu conceito de

e também por decisões cheias, ao monopólio postal³⁴, à censura prévia³⁵, à prisão administrativa³⁶, à assistência médica previdenciária gratuita³⁷. Foi favorável à previdência rural³⁸, à defesa, em inquérito judicial, do trabalhador estável optante pelo FGTS sob ameaça de rescisão contratual ao nuto administrativo³⁹, à irredutibilidade dos vencimentos da magistratura devido à inflação⁴⁰, à manutenção da pensão previdenciária da viúva que se recusa. Neste último caso, a decisão do TFR deu lugar a projeto de reformulação legislativa do art. 39, b, da Lei nº 3.807/60. Esse texto fomentava o concubinato, contrariamente à Constituição (“a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” – CF/67-69, art. 175). O projeto de lei foi do Deputado Francisco Dias e tomou o nº 3.057/84.

Zitelmann para definir normas de Direito Internacional Privado, também cuidamos do assunto, em 1963, em tese de concurso na qual destacamos o art. 1.049 do CPC de 1939 como norma de *superdireito*, ou seja, norma processual superior que elimina os efeitos da inobservância de dispositivos legais inferiores (cf. *Conflitos Intercontextuais de Processo – Prevalência das Normas Processuais Genéricas*, pp. 83-90).

34. Caso *Epatil do ABC vs. Empresa de Correios e Telégrafos*. A prevalência do monopólio postal levou o País, várias vezes, à paralisação das comunicações devido às greves consecutivas, em grande parte políticas, pois algumas estatais são sabidamente controladas por lideranças sindicais extremadas. A Constituição estendeu aos servidores desses entes o direito de greve (art. 37, VII), que passou a ser exercitado sem regulamentação e atingiu atividades consideradas essenciais.
35. Posição definida quanto às limitações impostas pelo Estado às manifestações do pensamento, prelibando a sua eliminação ou o seu temperamento (CR, arts. 5º, IX, e 200). (Cf. *A Censura e a Jurisprudência no TFR*, 2ª ed., 1988, separata da *Revista do TFR*).
36. Posição contrária à prisão administrativa, reputada inconstitucional por grande parte dos seus juízes (CF/67-69, art. 153, §§ 17 e 12) e que veio a ser consagrada na CF/88, art. 5º, LXI e LXVII.
37. Constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, que dispunha sobre o pagamento, pelos aposentados e pensionistas em geral, de contribuições para o custeio de assistência médica, em alíquotas menores. Essa decisão poderia ter evitado o colapso dos serviços médicos, se o Governo não houvesse reprimido a isenção total (Lei nº 7.485/86, art. 1º). Atualmente se pretende substituir a contribuição por imposto e limitar a gratuidade a dez salários mínimos.
38. Direito da viúva do rurícola pré-morto a uma pensão social de meio salário mínimo, mesmo se o óbito tivesse ocorrido anteriormente à lei, comprovada a miserabilidade da beneficiária. O STF derrogou essa jurisprudência pela via do RE, ao argumento da falta de custeio. E sumulou a matéria por voto de desempate (Súmula nº 613).
39. Reconhecimento ao empregado estável optante pelo FGTS do direito a inquérito judicial para fins de despedida, muito embora o STF restringisse, nesses casos, a abrangência do direito de defesa, que se prometia no art. 153, § 15, da CF/67-69: ao *acusado* só em processo penal (RE nº 78.687/PE, Pleno, 1974). A orientação do TFR veio desaguar no atual art. 5º, LV, da CR, onde está assegurada a ampla defesa dos acusados em geral (cf., do autor, *Despedida de Empregado Estável Optante pelo FGTS. Direito de Defesa, LTr.*, n. 7, 1987).
40. Decisão sobre a prerrogativa constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da magistratura (CF/67-69, art. 113, III), ameaçada pela inflação, porque o Governo não aplicava os índices da correção integral. O Executivo legislava por decretos-leis periódicos, subtraindo a matéria ao exame do Legislativo e impondo essa legislação ao Judiciário. O STF não admitiu, contudo, a orientação do TFR (RTJ, 110:1217).

O Supremo Tribunal Federal (STF) recomenda-se como Corte ativista ao decidir os casos de ingresso de mercadorias, ou bens pessoais, no País, sem licença prévia, que os juízes vinham permitindo com apoio no art. 142 da Constituição de 1946. A luta conjunta da Procuradoria Geral da República contra essas importações possibilitou, a médio prazo, a implantação da indústria automobilística nacional⁴¹.

Também decidiu o STF, de forma significativamente ativista, os casos de *representação* para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, ao admitir pedidos de concessão liminar. A coisa julgada na representação tornava a exegese vinculativa, confundindo-se jurisdição e legislação. O STF passou a ter função legiferante positiva nas esferas federal e estadual, porque a interpretação em tese não provocava a nulidade ou a cassação da lei, como nos casos de inconstitucionalidade⁴².

Galeno Lacerda comenta que novos horizontes, revolucionários e

-
41. Os automóveis eram adquiridos em grande número por pessoas que viajavam ao estrangeiro, quase sempre financiados por comerciantes de veículos mediante vantagem pecuniária. No retorno ao Brasil, os carros eram liberados nas alfândegas por decisões liminares em mandados de segurança e ações possessórias. O TFR mantinha as liberações, uma vez garantida a instância. A matéria começou a subir ao STF em grau de recurso extraordinário. Não se questionava o ingresso constitucionalmente permitido, mas se pretendia limitar esse ingresso de acordo com algumas exigências, como a prova de permanência do viajante no exterior por certo período de tempo. Como essa exigência geralmente não era satisfeita, o STF passou a conhecer dos recursos e a decidir matéria de fato. Provido o recurso, mesmo sem a publicação do acórdão e a desconstituição formal da decisão recorrida, expedia-se ofício diretamente à autoridade policial, para a apreensão dos veículos em poder de terceiros adquirentes a título oneroso e de boa-fé. Contra tais apreensões eram concedidos mandados de segurança. O inconformismo do STF deu lugar à criação, no seu RI, mesmo sem previsão constitucional, da *reclamação* como meio e modo de garantir a autoridade de suas decisões. O reclamado era o magistrado que concedera a medida liberatória. Ao relator da *reclamação* foi atribuída a cautela da suspensão do curso do processo ou a avocação dos autos. O juízo final de procedência era a cassação da decisão reclamada por exorbitante do julgado superior. Essa conduta do STF foi severamente criticada por **Pontes de Miranda, Francisco Campos, Eduardo Espínola, Vicente Ráo, Sampaio Dória, Dario de Almeida Magalhães** e **Nehemias Gueiros**, pelos seguintes motivos principais: *a*) invasão da esfera de competência do Legislativo; *b*) transformação do acórdão em regra com força de lei num país do **jus civile**; *c*) desrespeito à autonomia da jurisdição local; *d*) incursão inconstitucional na esfera do TFR (cf. **Nehemias Gueiros** e **Dario de Almeida Magalhães**, *Grandeza e Limitações do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos).
42. **Galeno Lacerda**, *Comentários ao CPC*, 1ª ed., 1980, v. 8, tít. 1, pp. 77 e s. – O autor, que escreveu sobre esse assunto no texto apresentado ao IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, mostrou-se, contudo, contrário ao uso do mandado de injunção. Ele destaca a desnecessidade do *writ*, porque o STF já vinha suprindo as omissões do poder regulamentar da Administração e aplicando a lei ao caso concreto (*Comentários*, cit., v. 8, p. 64; RTJ, 75:909 e 66:488). Para ele, também haveria o risco de invasão, pelo Judiciário, da competência do Legislativo. E, ademais, da concretização do direito do impetrante em áreas de competência estranhas ao órgão julgador do MI.

perturbadores de conceitos aparentemente estratificados a respeito da Federação e dos Poderes do Estado, foram rasgados.

A concessão das cautelares sobreveio, também, nas *representações* contra atos acoimados de inconstitucionalidade⁴³, questionando-se o problema da cognição abstrata com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos.

Os Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alkimin e Leitão de Abreu, entre outros, acharam que as decisões do STF não deveriam ser meramente platônicas nesses casos, isto é, sem qualquer finalidade, enquanto o Senado Federal não suspendesse os efeitos da norma declarada inconstitucional. A maioria admitia a existência de um poder de cautela geral, inerente ao exercício da função jurisdicional. Nenhum juiz deveria proferir sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não devia produzir os seus efeitos. O Judiciário poderá resguardar prováveis danos futuros, se adiantar-se na prestação final e mantiver o **statu quo ante**, obstando que a lei, tida por enferma, seja mesmo assim executada. Caberia ao STF, na opinião do Ministro Thompson Flores, lançar as bases da construção jurídico-constitucional, “quicá uma das mais altas funções do STF”⁴⁴.

O STF como “cabo da âncora” do sistema

Despido em parte de sua antiga competência, perdeu o STF a identidade que mantinha com a Corte Suprema norte-americana, porque deixou de ser o árbitro da uniformidade da lei federal (CR, art. 105, III, **a, b e c**). Continuando como tribunal constitucional, está na posição de *cabo da âncora* do sistema político, de que falou **Ellis Katz**⁴⁵, referindo-se à Constituição do seu país.

O autor exemplifica o suprimento judicial apenas quando a falta de regulamentação decorre da omissão do Executivo. Quanto ao suprimento da omissão em face da mora legislativa, a sua opinião parece haver-se modificado a partir dos seus comentários ao CPC mais evoluído até o texto que apresentou no IX Congresso mais *contido*. A última dificuldade estaria resolvida, a nosso ver, no art. 15 do Projeto do Deputado Luiz Clerot, onde se lê que, se a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará na via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão do tribunal, que houver: *a*) declarado a omissão legislativa; *b*) formulado a norma para a espécie; e *c*) e assegurado o direito ou interesse do impetrante nas condições em que possa ser exercido.

43. Representações n. 466, 467 e 933; RTJ, 23:1 e DJ de 16 nov. 1962, pp. 621 e s.

44. **Galeno Lacerda**, Comentários, cit., p. 86.

45. Aspectos Legais e Judiciais do Federalismo Americano, RDP, 64:103: “Estou sugerindo – disse ele – que a Constituição continua a servir de âncora do sistema político norte-americano. (**Omissis**.) A Suprema Corte, é claro, é o cabo da âncora, permitindo que a política americana derive com a maré da opinião, sem nunca ficar solta”.

Uma possível contenção da Corte⁴⁶, ao sabor das oscilações que decorram de sua composição, poderá levar à falência certos institutos novos, como o *mandado de injunção*, que os Constituintes de 1988 fizeram introduzir no sistema jurídico brasileiro.

Sendo de índole mandamental, o *writ* põe a descoberto o objetivo do legislador, de enfatizar o comando e a determinação da decisão judicial, não como se fosse mera recomendação à autoridade competente, do Legislativo ou do Executivo, para a edição da norma regulamentadora, mas a fim de que o faça no prazo assinado, sob pena de, caracterizada a mora legislativa ou regulamentar, ser suprida judicialmente, nos casos concretos.

O STF e o mandado de injunção: “norma de recomendação”?

O STF, nas primeiras decisões, equiparou o MI à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, § 2º)⁴⁷. O objeto do julgamento no MI 107 cresceu em torno de questão de ordem sobre a auto-aplicabilidade do *writ*, mas a Corte logo decidiu, também, que a Consti-

46. **Blasi** diz que os magistrados contidos determinam como os casos devam ser apresentados, mas não quais as importantes idéias novas que deles possam emergir. Eles não geram o crescimento de princípios ou institutos constitucionais (A Corte Suprema... RDP, cit., p. 11).

47. CR, art. 5º, LXXI; sobre competência, no STF – arts. 102, I, q, II, a; no STJ – art. 105, I, h; em matéria eleitoral, art. 121, § 4º, V.

Pela escassez da sua disciplina constitucional, o MI não seria desde já aplicável, segundo alguns dos seus críticos. O STF arredou esse óbice, porque as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CR, art. 5º, § 1º; STF, MI 107). A mesma escassez de normas influencia o critério de aplicabilidade do MI. Ficará aberto ao legislador. Acho que, por enquanto, o STF poderá traçar diretrizes de **lege ferenda**, para ampliar e não para restringir a sua aplicação. **Barbosa Moreira** comenta sobre o MI: como idéia fundamental, um instituto de direito processual precisa ser organizado e atuado de tal maneira que “alcance a maior carga possível de efetividade”, principalmente em se tratando de norma básica constitucional, para evitar-se que a Constituição se transforme em simples declaração de princípios, sem atuação prática. Acho, com o mestre do Rio, que o MI não é apenas *norma de recomendação*, determinação de fazer *sem sanção*, função enunciativa de norma sem carga de eficácia, mas que, no próprio conteúdo da decisão seja formulada a regra provisória, que supra a omissão do ordenamento e seja aplicada ao caso concreto. Assim decidindo está-se “apenas organizando um mecanismo que se pode em certa medida assimilar ao da jurisdição de equidade, na qual o juiz não encontra no ordenamento jurídico norma aplicável ao caso concreto que lhe é submetido e, então, tem previamente de formulá-la, para, em seguida, aplicá-la” (Mandado de Injunção, in Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, E. J. 1991, v. 1, pp. 44 e s.). Não se trata de equidade individual, mas de caso de jurisdição de equidade. O obstáculo capaz de opor-se, com vantagem, a tal solução, somente seria se a decisão fosse estendida, na sua eficácia, a todos os casos análogos, como regra de alcance geral.

tuição não é expressa no dizer que cabe ao Judiciário suprir a omissão da norma regulamentadora, para legislar ainda que provisoriamente⁴⁸.

Em outro julgamento, a Corte foi direta no dizer que “o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado (*omissis*)”⁴⁹.

Posteriormente mudou de orientação, quando o Ministro Sepúlveda Pertence admitiu haver deixado “aberta a virtualidade da construção de outras formas de acautelamento do direito reconhecido, enquanto durasse a mora inconstitucional, além da aventada suspensão de processos judiciais ou administrativos”⁵⁰.

O risco das decisões “oscilantes”

Essa mudança consistiu na concessão do *writ* com os seus efeitos específicos, de declarar a **mora legislatoris** inconstitucional e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para suprimento da omissão. Como a persistência da omissão legislativa possa acarretar a frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível. Para isso acolheu-se a solução alviada: *a*) prazo de quarenta e cinco dias, mais quinze para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada; *b*) ultrapassado o prazo, sem a promulgação da lei, reconhecimento ao impetrante da faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação pelas perdas e danos que sejam arbitradas; *c*) declaração de que a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada nem impedirá que o impetrante obtenha benefícios posteriores à lei nos pontos em que for mais favorável.

A decisão não foi pacífica, mas a tendência dos votantes é, indubitavelmente, pela consagração da finalidade reparadora e não apenas platônica do MI, mesmo que seja necessário à Corte formular a norma para o caso concreto, não **erga omnes**.

Esta parece ser a indisfarçável *evolução* dos julgamentos do STF, mesmo que apareça velada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Tem-se especulado sobre o papel do Judiciário, nesses casos, que deixaria

48. Mandado de Injunção nº 107-3, STF, Pleno, nov. 1989, fls. 46.

49. Mandado de Injunção nº 168-5/RS, ementa, fls. 27.

50. Mandado de Injunção nº 283/DF.

de ser o intérprete e aplicador das normas para ser o feitor das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa⁵¹. E também sobre a eficácia da decisão proferida no MI em face do Poder Legislativo. Ora, já atingiu a nova ordem constitucional o estágio da sugestão legislativa, direta, de iniciativa popular. Nesse avanço se inclui a transformação do STF em Corte Constitucional, o que significa o nosso ingresso no sistema de controle concentrado da Constituição. A Corte não atuará como simples legislador negativo, mas com função de jurisdição constitucional mais ampla e que decidirá todos os confrontos constitucionais.

O projeto do Deputado Luiz Clerot

Nesse sentido é a lição de **José Afonso da Silva**⁵². E já tramita na Câmara projeto de lei de iniciativa do Deputado Luiz Clerot, onde se lê, nos textos originais:

“Art. 13. O Tribunal, ao conceder o mandado de injunção, formulará o regulamento da norma que assegura o direito ou interesse do impetrante e especificará as condições em que esse direito ou interesse poderá ser exercido.

Art. 14. A decisão será comunicada:

a) por ofício, ao Poder competente, responsável pela mora legislativa ou regulamentar, para as providências cabíveis;

b) por mandado, à pessoa ou autoridade, para que cumpra a decisão no prazo de trinta dias, se outro não lhe for assinado, sob pena de responsabilidade.

Art. 15. Quando a decisão produzir efeitos patrimoniais decorrentes de reparações de natureza econômica, a apuração se fará pela via judicial própria, após o trânsito em julgado do acórdão.”

O primeiro princípio básico desse projeto de lei é a interferência judicialiforme do cidadão, que impetra o *writ*, na feitura da norma, aí confundidos dois direitos, de ordem individual e de ordem política. O segundo princípio revela-se através da convocação ativista dos juízes, mas nutre-se da forte corrente opinativa de professores, advogados e juristas, os quais **Van Caenegh**⁵³ cha-

51. **Roberto Campos**, A Constituição Promiscuista.

52. Debate sobre temas constitucionais, Anais do Simpósio Temas Constitucionais, Câmara dos Deputados, 1986, pp. 58-61.

53. *Judges, Legislators and Professors*, cit.

ma de “os senhores do direito”. **Consentini**⁵⁴ refere-se a eles como sendo “os legisladores suplentes”, porque emprestam ao legislador oficial uma colaboração útil e inevitável, para arredar o tradicional obstáculo à atuação do juiz que é, sem dúvida, a novidade jurídica.

Pontes de Miranda⁵⁵, citando o Juiz Hough, falou da resistência dos julgadores à legislação nova. E, mais do que isso, do propósito judiciário e administrativo de certos povos de não aplicar o direito novo, levando-o à falência. No Brasil, ainda segundo comentário seu, o reacionarismo é mais grave, porque se dirige, muitas vezes, contra a própria Constituição, ameaçada de falir e por fim falida, por culpa do propósito judiciário de não aplicar.

Ao contrário do exemplo de **Goldstein**⁵⁶, a popularidade das Cortes *oscilantes* pode decair e o seu prestígio minguar⁵⁷. Por isso recomendou-se no IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal, como regra de implantação do

54. **Consentini** (apud **Miranda Filho**, Propedêutica Jurídica, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1941, pp. 39 e 40) escreveu que o direito científico “*se presenta en certa quisa come un actività perennemente rinovatrice e creatice del diritto, come un anticipazione e preparazione dell’opera del legislatore*”.

55. Comentários ao CPC, cit., tit. IV, p. 2. O Juiz Hough, uma das maiores mentalidades jurídicas e um dos maiores magistrados americanos, escreveu que os julgamentos “são ditados ou dominados por atitudes mentais ou predileções fundadas na hereditariedade, na ambiência e na educação, como são os vereditos de todos os júris”.

56. **Stephen Goldstein**, Relatório.

57. Pretendeu-se a supressão do cargo de juiz pelo voto popular: Califórnia (1911), Colorado, Arizona, Nevada (1912) e Kansas (1914) (**H. S. Gilbertson**: The recall, its provisions and significance, *Annals of Academy of Political and Social Science*, 43, 217). No Brasil, alguns constituintes de 1988 questionaram a atuação do Judiciário e também a sua natureza de Poder, porque não emanado da vontade popular. Pensou-se, também, no juiz com fiscal por cima, através de órgão de controle externo. Até o STF foi ameaçado de extinção, porque se dizia hipertrofiado pela concepção centralista e de força do Poder, oriunda da Revolução de 1964, calcada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e nascida com a EC nº 7/77, o chamado *pacote de abril*. Essa emenda foi promulgada pelo Poder Executivo no recesso do Legislativo. O STF passou a julgar as representações de inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual; a valer-se da advocatária das causas processadas perante quaisquer juízes e tribunais; a conceder medida cautelar nas representações manifestadas pela PGR e algumas vezes usada para interferir nas questões de **interna corporis** dos outros tribunais. A Assembléia Nacional Constituinte suprimiu essa competência e retirou-lhe, ainda, a competência legislativa concorrente. Ao tempo foi dito que a Loman mutilara o Judiciário, sendo uma lei de circunstâncias, produto das bodas espúrias de um Executivo dominador e de um Legislativo dominado (cf. Amagis, 1:101, 1983). A respeito do juiz com fiscal por cima, **Mauro Cappelletti** escreveu: *Who watches the Watchmen? in The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., pp. 57 e s. O assunto foi objeto de estudo também por **Storme**: *Quis custodiet custodes?* (Limb. Rechtsl., 1990). E no Relatório, p. 491, está dito: “*il serait temps qu’on se penche sur la deuxième signification de la phrase célèbre de Juvenal: ‘Sed quis custodiet et ipsos custodes?’*, car *custodire* veut dire *contrôler et protéger*”. Cf., ainda, **Fix-Zamudio**, *Selección y Nombramiento de Jueces*; **Storme**, *Towards a Justice with a Human Face*, **Atwerpen**, Deventer, 1978, pp. 405 e s.

ativismo do juiz, a sua exigente seleção e melhor preparação: “*cet activisme pose néamoins à nouveau dans toute son acuité le problème de la sélection des juges, du controle des juges e aussi de leur protection*”.

O ativismo e a seleção dos juízes

Aqui no Brasil a seleção dos juízes permanece adstrita à superstição do concurso público, conforme censura **Pontes de Miranda. Aniceto Lopes Aliende** acha que “os concursos atuais partem de uma premissa errada, de que os candidatos, por serem bacharéis, estão habilitados, vencida a prova de conhecimentos técnicos, a desempenhar a função de juiz. E isso não corresponde à realidade”⁵⁸.

Também pensamos assim, mas é forçoso admitir que no Brasil o concurso ainda é a forma de recrutamento mais adequada, pois o ingresso na magistratura não pode ser deixado ao empirismo das escolhas individuais. O que preocupa, dentro da especificidade do profissionalismo do magistrado, é a figura do juiz neófito, que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não possa defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça⁵⁹.

Sobre o assunto leia-se a opinião de **Antonio Brancaccio** exposta em uma de suas conferências feitas no Brasil (*La formazione dei magistrati, Pisa, Pacini Ed., 1972, e Consiglio Superiore della Magistratura – Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale – Esperienze in Italia e nel mondo, Roma, Iasillo, 1982*). (Matéria coligida por Pádua Ribeiro, 5º Painel do fórum Políticas Sociais para os Anos 90, São Paulo, 22.08.1989).

Enfim, o critério de escolha dos juízes seria o adotado na França, Espanha e Portugal, entre outros países que não aboliram inteiramente o concurso, mas fazem o recrutamento através de cursos programados sob a tutela direta do Ministério da Justiça. Na Espanha o assunto foi exaustivamente estudado por Carmona Ruano, Cano Bueso, Toharia, Fernando Ledesma e Carlos García Valdés (*La selección y formación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales*, São José da Costa Rica, abril de 1987).

58. **Aniceto Lopes Aliende**, Recrutamento de Magistrados, RPG/ES, nº 35, jun. 1991.

59. **José Renato Nalini**, O Magistrado e a Comunidade, RPGE/SP, jun. 1991, pp. 159-72; **Mário Moacyr Porto**, O Efêmero e o Eterno no Direito, RT, 285:7, **apud Nalini**, O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 164.

Escolas de magistrados e centros de estudos judiciais

Está pronto o texto do anteprojeto do Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do STF⁶⁰ que regulará o art. 93, II, c, e IV, da Constituição. Este texto cuida das Escolas de Magistratura, às quais competirá a realização de cursos de caráter permanente. As escolas estarão operando sob a supervisão do Centro Nacional de Estudos Judiciários (art. 76), o que emprestará cunho oficial aos cursos, à semelhança dos congêneres alienígenas. Espera-se que os currículos sejam padronizados e não apenas preocupados com assuntos de interesse livresco ou acadêmico.

Sobre o tema veremos, mais de espaço, como foi versado no I Simpósio de Belo Horizonte, em 1988, nos estudos sobre o ativismo judicial, que veio a ser, posteriormente, em 1991, um dos assuntos mais importantes do IX Congresso de Direito Judiciário, de Portugal. Aqui o modelo norte-americano do *Federal Judicial Center* também teve destaque.

No Brasil debateram o assunto, entre outros, **José Arthur Rios**⁶¹, **Raul Machado Horta**⁶², **Eduardo Oliveira Leite**⁶³, **Antonio Brancaccio**⁶⁴, **Wladimir Passos de Freitas**⁶⁵, **Sálvio de Figueiredo Teixeira**⁶⁶, **Aniceto Lopes Aliende**⁶⁷, **José Renato Nalini**⁶⁸, **Galeno Lacerda**⁶⁹, **Evandro Gueiros Leite**⁷⁰.

60. Anteprojeto do Estatuto da Magistratura, Cap. III, arts. 77, 78 e 79.

61. Modernização da Justiça, Carta Mensal, órgão do Conselho Técnico da CNC, v. 34, 1989, p. 10.

62. Unidade e Dualidade da Magistratura, RDP, 87:38-9, jul./set. 1988, n. 5.

63. Uma Escola Nacional de Magistratura, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 44:33-47, out./dez. 1986.

64. Brasília, 21.08.1986 – Conferência vertida para o vernáculo pela Dra. Luiza A. Chaves. O autor era, ao tempo, 1^o Presidente da Suprema Corte de Cassação Italiana.

65. Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45:76.

66. A Escola Judicial, Amagis, 19:92-107, dez./1990.

67. Recrutamento de Magistrados, RPGE/SP, cit., pp. 25-38. O autor faz referência ao XVIII Congresso de Faculdades de Direito, realizado em Campinas, SP, e ao trabalho do Des. Sylvio do Amaral sobre o mesmo tema. As conclusões do Congresso de Campinas são relevantes e, praticamente com apoio nelas, a Presidência do TJESP deu início à efetivação do programa. Foram baixados o Ato Regimental n^o 163 e a Resolução n^o 2, art. 139, com o suporte de lei estadual já em Projeto n^o 616, de 01.12.1990.

68. O Magistrado..., RPGE/SP, cit., p. 159.

69. Comentários, cit. Há referência ao nome de **Galeno Lacerda** no Relatório, p. 491 (4), não especificamente sobre ativismo judicial.

70. Programa de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça, I Simpósio sobre Modernização da Justiça Federal, Belo Horizonte, 17-20 mar. 1988, Revista de Informação Legislativa, pp. 175-84; e IV Congresso Internacional de Informática e Regulamentação Jurídica, Roma, 16-21 maio 1988. Sobre esse importante conclave somente agora foram editados livros pela Giuffrè Editore, de Milão, Coletânea dirigida por V. Novelli e coordenada por E. Giannantonio. Toda a literatura pertinente aos temas debatidos naquele Congresso foi entregue aos cuidados do CJF.

O I Simpósio de Belo Horizonte

O I Simpósio de Belo Horizonte, sobre modernização da Justiça Federal, foi realizado sob os auspícios do Conselho da Justiça Federal, ao tempo do extinto TFR, dentro do Projeto de Intercâmbio Internacional, e teve continuidade com viagem que fizemos a Roma (IV Congresso Internacional de Informática Jurídica), passando por Strasbourg (*Cour Européene de Strasbourg*), Paris (*École Nationale de la Magistrature*), Madri (*Centro de Estudios Judiciales de los Aspirantes a ingreso a la Carrea Judicial por la Categoria de Juez*) e Lisboa (*Centro de Estudos Judiciários*)⁷¹.

O projeto de uma nova estrutura orgânica para a justiça

O projeto destinava-se à concepção de uma nova estrutura orgânica para a Justiça Federal, como já havia sido projetado para a Argentina⁷², com suporte técnico e apoio financeiro do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do Cendec – Centro de Treinamento Econômico⁷³.

A programação não seria apenas a procura da verdade livresca, mas a combinação do *ativismo*, no sentido da previsão recomendada por **Cappelletti**⁷⁴, e também das técnicas gerenciais, do que é modelo o *Federal Judicial Center*, cuja finalidade é a introdução dessas técnicas na gestão dos órgãos judiciários⁷⁵.

A Escola Nacional da Magistratura, da França, foi citada como padrão para o nosso projeto de cursos oficiais, constitucionalmente previstos, diferentes dos centros tradicionais, que se esgotam na revisão das disciplinas comuns a uma Faculdade de Direito e que nem sempre são verdadeiras instituições de reflexão sobre a Justiça ou de aplicação judiciária.

71. Exemplar do Programa para os candidatos ao ingresso no *Centro de Estudios Judiciales y Posterior Acceso à la Carrera Judicial*, PA/JF/CJF/TFR-STJ, n. 90/70.

72. Na Argentina os trabalhos já chegaram à fase de execução na esfera governamental, através da Secretaria de Justiça, com projeto de reforma da administração da Justiça e outro sobre o Sistema Argentino de Informática Jurídica (*Revista de Informação Legislativa*, 100:180 (14)).

73. Cendec, órgão integrante do Ipea – Instituto de Planejamento Econômico e Social, fundação vinculada à antiga Seplan.

74. **M. Cappelletti**, *Acces do Justice Project*.

75. **Antonio Brancaccio**, *La Formazione dei Magistrati*, cit., p. 33. Escrevendo sobre o método comparativo como sendo o único realmente sério de previsão do futuro dos organismos sociais, ensina que assim também é quanto aos valores da Justiça, numa dimensão transnacional. Sobre o plano institucional, por exemplo, menciona o Conselho d'Europa que estuda há anos o funcionamento da Justiça e os meios de melhorá-lo. Podem dirigir-se ao *Federal Judicial Center*, de Washington, que tem por finalidade a introdução de técnicas gerenciais. Foi o primeiro a estudar tais técnicas na gestão dos órgãos judiciários.

As escolas e cursos desse tipo, já criados pelos Tribunais de Justiça e pelas Associações de Magistrados, têm tido, como objetivos específicos, a preparação de candidatos aos concursos de juiz, a atualização e o aperfeiçoamento em seminários, congressos ou encontros, sob a forma de sessões nacionais e regionais, organizados a partir de temas previamente definidos.

Essas reuniões, na sua maioria de bom nível, têm sofrido, contudo, críticas à forma de apresentação. A técnica clássica da aula expositiva, também chamada *magistral*, tem sido contestada, porque alheia ao domínio de uma pedagogia equilibrada entre a teoria e a prática.

Seria injusto, porém, deixar de resgatar o avanço desses simpósios, oficiais ou avulsos, que cooperam para a formação permanente dos juizes. Será preciso, no entanto, que daí resultem repertórios de apoio pedagógico. A variedade e a atualidade dos temas já registrados na Escola Nacional da Magistratura, da França, e dos Centros de Estudos Judiciais visitados confirmam a diversificação dos estudos.

Senão, vejamos:

“... ainda segundo a visão de **Antonio Brancaccio**, para implementarem-se programas desse tipo devem ser criados organismos especializados, que os elaborem, desenvolvam e difundam, escolhendo e mantendo componentes de adequada cultura, enquanto que aos órgãos tradicionais caberia apenas dirigir e supervisionar tais programas, como departamentos autônomos dentro de suas próprias estruturas.

Os órgãos tradicionais seriam as Escolas de Magistratura e os Centros de Estudos Judiciários (*omissis*).”

O “*case flow management*”, de Taylor, e o MBA Brasileiro

No IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, de Portugal, debateu-se a formação do juiz ativista sem o recurso à retórica. Pode-se afirmar que ali foram discutidas metas além das convencionais.

Sendo o juiz um autêntico diretor do processo, apresenta-se ele com vantagens inegáveis, resultantes da linha pragmática do Direito Processual em oposição às suas bases dogmáticas. **Cappelletti** faz a pergunta: por que não? E a resposta é dada por **Taylor**: “*le juge pourra devenir ainsi le manager, dont la Justice a besoin. Cette évolution a été originalement qualifiée de ‘case flow management’*”⁷⁶.

76. **Taylor**, Relatório, p. 488, nº 8 (b).

Isto significa “gerenciamento por estudo de casos”, ou, mais modernamente, “gerenciamento por padrões de referência de mercado” (PRM). De caso em caso (precedentes) chega-se às *súmulas* ou ao “lançamento de planos de alcance futuro”, onde reside o *ativismo* típico, a que os anglo-saxônicos chamariam de *long term plans*.

Coincidência temática

Tivemos oportunidade de lançar, em março de 1988, no I Simpósio de Belo Horizonte, ousado projeto especial de desenvolvimento para uma alta administração da Justiça. Falamos da possibilidade do afastamento paulatino da atuação tradicional, substituindo-a, **modus in rebus**, pelo que ocorre vitoriosamente no âmbito empresarial. Tomar-se-ia como ponto de referência o modelo MBA Executivo (*Master Business and Administration*), já implantado no Brasil pelo IEAD, Instituto Empresarial de Administração, e pelo COPPEAD, Instituto de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração, da UFRJ.

Recebido como programa de desenvolvimento gerencial, o MBA seria, à semelhança do *case flow management*, o instrumento de formação básica, orientado para o executivo consciente de sua evolução profissional e do aprimoramento de sua habilidade gerencial, em meio de carreira, e cuja experiência geralmente é voltada para uma única área de atividade. A troca de experiências entre participantes seria fundamental na formação generalista. O método de ensino, baseado na análise dos casos e na tomada de decisões.

Esse processo pedagógico aprimora a capacidade de inter-relacionamento, no grupo, afina a habilidade de decidir, de persuadir e de articular idéias. O sistema objetiva aos seus integrantes dotá-los de uma gama de conceitos que possam ajudar na análise dos problemas, levando-os à tomada de decisões; mostrar-lhes a complexidade das inter-relações nas diversas áreas funcionais, a integração dos diferentes objetivos dessas áreas no interesse da instituição como um todo; ampliar o marco de referência do participante em relação ao ambiente no qual desenvolve as suas atividades, nos campos econômico, político, social e ecológico.

Destaquei do conteúdo de tais cursos um dos seus principais tópicos: a análise de decisões, que se decompõe: a) na árvore da decisão; b) na probabilidade de risco ou erro; c) na determinação e uso de distribuições contínuas de probabilidades; d) na simulação da análise de decisões complexas; e) na alocação de recursos escassos; f) nos modelos para planejamento; g) na previsão.

Seguem-se, nas suas linhas mais complexas, os sistemas de informação, o

comportamento organizacional e a gerência de recursos humanos. Saliente-se, ainda, a satisfação e a motivação individuais, a gerência dos conflitos e das crises, o desempenho social e a auditoria de pessoal. Seria apropriada, aqui, a observação de **Vescovi**, no *Relatório*, à p. 420 (3):

“Cette activité peut également dans un certain sens (3) être exercée par les juges du monde entier, en tout cas là ou ils ne sont plus uniquement les bouches qui prononcent la loi.”

O Juiz **Wladimir Passos de Freitas**⁷⁷ já dissera que o bom juiz não se deve limitar ao estudo do Direito. Ele é a figura central na busca de soluções. Recomendou, ao falar da atividade administrativa do juiz, que deveria reger-se por planos e estudos específicos, sobre o que nada existe nas revistas especializadas. A participação do juiz é imprescindível no relacionamento com auxiliares, advogados e partes. Para ser líder ele precisa ser um bom executivo.

Grupos de pressão, mascaramento exegetico e força do poder

Acrescente-se a essas observações o que pondera **Gastão Alves de Toledo** sobre grupos de pressão⁷⁸, dado o fato de que o juiz não está fora da vida pública. Se não faz as leis nem tem influência na Espada ou no Tesouro, a sua posição é perigosamente vulnerável, salvo se estiver preparado para julgar. Se o fizer bem, com imparcialidade e independência, o juiz ativista, de acordo com a observação de **Bickel**, será *“the least dangerous branch”*⁷⁹.

Alerta, ainda, **Gastão Alves de Toledo** para o *mascaramento exegetico*, conduta judicante inadequada. Decisões são muitas vezes influenciadas por interesses de grupos (*lobby* indireto), ou pelo sentimento público, assim como nas pejejas que envolvem os interesses do Estado contra os do cidadão, estando-se a reclamar o amparo deste em face daquele.

77. Justiça Eficiente, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 45:76.

78. **Gastão Alves de Toledo**, Grupos de Pressão no Brasil – Judiciário, Curso Modelo Político Brasileiro, PRND, IAB/SP, v. III, p. 1985. Ver, também, **Jean Meynaud**, Os Grupos de Pressão, Lisboa, publicação Europa-América, 1966; **Ronald J. e Ruth K. Scott**, *Interest Groups in America*, Prentice Hall, Inc., 1982.

79. **Bickel A.**, *The least Dangerous Branch*, Indianápolis, 1962, p. IX. O autor refere-se ao Judiciário, comparando-o aos demais, como “o menos perigoso ramo” dos Poderes do Estado. Aliás, a observação originária é de **A. Hamilton**: *“Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the Judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”*.

No Estado de Direito, o juiz pode encontrar-se ante a difícil tarefa de manter a força do poder em sua exata medida. Seria o caso, por exemplo, das prisões administrativas por descumprimento de decisões judiciais⁸⁰. Refletindo o juiz sobre os interesses grupais, não deverá ficar à mercê do seu assédio, cabendo-lhe avaliar a dimensão dos pleitos e a repercussão das decisões, para evitar que essas possam dar início a novos conflitos, talvez até de natureza mais abrangente.

A força de um poder independente preocupa e deixa em sobressalto os demais departamentos estatais, que o querem controlado. Por isso, o juiz ativista não deve transpor barricadas. A lição de **Rui**⁸¹ é a de que a força tem a sua fraqueza incurável na desestima da nação. Assim, a missão do Judiciário, segundo ele, é *docilizar* o poder para fazer vingar a lei como apanágio de seu mister, mas nunca – diremos nós – transformar o remédio jurídico em instrumento de rivalidade.

Palavra final

O ativismo judicial tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos de omissão do Congresso. **Aliomar Baleeiro**⁸² escreveu sobre o Judiciário que supre lacunas, freia a inovação inoportuna do legislador afoito, pisa o acelerador do Congresso omisso, lerdo ou tímido. Enfim, completa a Constituição, que é a sua competência mais nobre.

Há, porém, os que se arreceiam do juiz ativista e do seu papel na sociedade contemporânea (“*tous ceux qui sont hantés par le spectre du juge activiste*”),

80. Questiona-se nesses casos a competência do juiz para mandar prender a autoridade que se rebelou contra o cumprimento da decisão. Isso tem acontecido freqüentemente, mas é contra os princípios. A autoridade coatora está obrigada ao cumprimento da ordem, tanto mais sendo daquelas que devem ser cumpridas de plano. A rebeldia pode redundar em responsabilidade por falta funcional ou crime. É, porém, defeso à autoridade judiciária exigir o cumprimento da ordem sob pena de prisão, salvo nos casos previstos na Lei Maior, art. 5^a, LXVII. **José Cretella Júnior**, citando **Brandão Cavalcanti**, diz que “muitos excessos têm sido cometidos de parte a parte, repreensíveis por eles mesmos: não tendo vacilado os juizes, por vezes, na estranha providência de prender a autoridade administrativa, a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança”. Sobre o crime de desobediência, previsto no art. 359 do Código Penal, o STF já decidiu que a ordem judicial ali prevista só pode ser a penal, excluindo-se a civil (RHC nº 54.005/MG, RTJ, 79:401 e s.). Algumas vezes a autoridade supostamente rebelde encontra-se sob o amparo da lei, que também vincula o juiz (cf. Lei nº 4.338/64, art. 5^a, parágrafo único; Lei nº 5.021/66, arts. 1^a, §§ 2^a, 3^a e 4^a, e 2^a; Lei nº 8.076/90, art. 1^a, parágrafo único).

81. **Rui Barbosa**, Discurso perante o STF, em 23.04.1992, in *Novos Discursos e Conferências*, Liv. Acadêmica, 1983, p. 95.

82. *Uma Nova Estrutura...*, RBDP, cit.

que seria o juiz-ditador ou o juiz-legislador, por proferi-lo apenas do tipo anjo-da-guarda, agente da paz ou guardião da lei e da ordem. São os que se esqueceram de reler **Hamilton** ou nunca o leram.

E outros há, que não atentam para a importância dessa evolução. **Edgard de Moura Bittencourt**⁸³ desenvolveu séria resistência à criação das Escolas de Magistrados. **João Luiz Alves** teve a iniciativa, em 1914, de um projeto de lei hostil ao STF, em represália ao ativismo dos seus juizes⁸⁴. **João Mangabeira**⁸⁵ se mostrou desencantado com o desempenho daquela Corte, que apontou como responsável pelo fracasso do nosso presidencialismo.

Del Vecchio⁸⁶ escreveu que é válido modificar certos organismos ou institutos, se há decadência ou involução que correspondam ao diminuir do valor real das razões que lhe deram vida, embora seja prudente precaverem-se os juízos precipitados sobre o mérito dessas modificações. Mas não é aconselhável, diremos nós, que a prudência se confunda com a tolerância e torne ineptos os seus frutos.

83. O Juiz, EUD, p. 39.

84. **João Luiz Alves**, citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

85. Citado por **Baleeiro** (Uma Nova Estrutura..., RBDP, cit.).

86. Direito, Estado e Filosofia, 1952, p. 337.

Uniformizar a Jurisprudência – a Grande Missão do Tribunal

Washington Bolívar de Brito

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Para os que apreciam indagações fundamentais, antes de cuidar-se do tema da uniformização da jurisprudência, deve-se tentar estabelecer um conceito básico do que seja “jurisprudência”, sem o qual não se saberia *o que, como, quem e quando* uniformizar. A primeira das dificuldades é a de que o vocábulo tem várias acepções. No conceito romanista, nada mais vago ou abrangente: “o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto”, no dizer de **Ulpiano**¹, designando a própria ciência do direito. Mais especificamente é “o complexo de decisões proferidas pelo Poder Judiciário no desempenho da função jurisdicional”, conforme **Alfredo Buzaid**².

Theodor Viehweg usa o termo como ciência do direito³, equivalente à “ciência jurídica” e não a decisões de tribunais, embora a elas também se relacione na medida em que “*Jurisprudenz*” é constituída de teorias com função social, explica o tradutor, Tércio Sampaio Ferraz Jr.

A jurisprudência, no sentido versado aqui, forma-se pela interpretação do direito aplicável (o que incidiu), nos casos concretos. As soluções dadas, servem de referência noutros casos cujas circunstâncias de fato sejam idênticas, ou se assemelhem, vão formando máximas abstratas, instituindo regras, traduzindo uma exegese uniforme de aplicação do direito, constituindo um corpo de julgados, valendo como *precedentes*, que os tribunais e juízes de primeiro grau costumam observar⁴.

“Interpretar a Lei, diz **Clóvis Bevilacqua**, é revelar o pensamento, que anima as suas palavras. Se é o próprio legislador quem declara esse pensamen-

-
1. Liv. I, **Regularum**, D.2.1.10 § 2: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justit et injusti scientia*.
 2. **Alfredo Buzaid**, Conferência publicada na Revista de Doutrina e Jurisprudência, do TJDF, nº 15, agosto/1984.
 3. Nota do prefácio da 2ª edição do livro *Tópica e Jurisprudência*, de **Theodor Viehweg**, traduzido por Tércio Sampaio Ferraz Jr.
 4. **Buzaid**, Conferência citada.

to, a interpretação se diz autêntica e se realiza por meio de outra lei. Se são os juízes ou quaisquer outras pessoas, que se propõem a descobrir os intuitos da lei, a interpretação se diz doutrinal.”⁵

No seu clássico “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, **Carlos Maximiliano** doutrina que “as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”. Relevante destacar que a Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, orientada por princípios e regras que se foram aperfeiçoando à medida que evoluiu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas; no seu desenvolvimento progressivo, a arte ficou subordinada a uma ciência geral, o Direito, por sua vez obediente aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica, que se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica. Erram os que pretendem substituir Hermenêutica por Interpretação, pois esta é a aplicação daquela, que fixa os princípios que regem a segunda, sendo, pois, a Hermenêutica “a teoria científica da arte de Interpretar”.⁶

Caio Mário da Silva Pereira⁷ ressalta que o comando da lei se exprime em palavras, cujo sentido e conteúdo devem ser captados pelo aplicador. “A interpretação da lei, como processo mental de pesquisa do seu conteúdo real, permite ao jurista fixá-lo tanto em relação com a forma do comando coetâneo de seu aparecimento como ainda nas situações que o desenvolvimento das atividades humanas venha a criar, inexistentes quando de sua elaboração, porém suscetíveis de subordinação à sua regra em tempo ulterior. Esta pesquisa da vontade legal, que, de tão importante e construtiva não falta quem classifique como última fase da elaboração normativa, sob fundamento de que a lei contém na verdade o que o intérprete nela enxerga, ou dela extrai, afina em essência com o conceito valorativo da disposição, e conduz o Direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendi-

5. **Clóvis Bevilacqua**, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., 1929, nº 35, p. 48.

6. **Carlos Maximiliano**, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Introdução, pp. 13/14, 4ª ed., 1947, Freitas Bastos.

7. **Caio Mário da Silva Pereira**, *Instituições de Direito Civil*, Cap. VIII.

mento moderno de seus termos. Na verdade, só o esforço hermenêutico pode dar vida ao nosso Código Comercial, publicado em 1850, diante da complexidade da vida mercantil de nossos dias; só pela atualização do trabalho do intérprete é possível conceber-se o vigor do Código Napoleão, que vem de 1804, ou a sobrevivência dos cânones da Constituição americana, que é de 1787.” Acrescenta que “toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o Direito objetivo, qualquer que seja a sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. Inexato é, portanto sustentar que somente os preceitos obscuros, ambíguos ou confusos, exigem interpretação, e que a clareza do dispositivo a dispensa, como se repete na velha parêmia *‘in claris cessat interpretatio’*. Inexato o brocardo (ver **Cunha Gonçalves, Vicente Ráo**), como outros muitos que amiúde se repetem com o propósito de orientar o intérprete (**Ruggiero**), mas que na verdade muito comumente lhe falseiam o trabalho.”

Com **Norberto Bobbio**, podemos aceitar uma definição que já se tornou comum: “fontes do direito” são os fatos ou atos de que o ordenamento jurídico faz depender a produção das normas jurídicas. “O que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes do direito), reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras.*”⁸

Não é, pois, de estranhar que a jurisprudência seja apontada como uma das fontes do Direito. Nos sistemas anglo-saxônicos as decisões dos tribunais constituem a fonte mais significativa do direito, destaca **Angel Latorre**. “O trabalho dos tribunais não se tem limitado nem podia limitar-se à aplicação mecânica das leis, mas eles têm-nas interpretado e adaptado com grande flexibilidade às variáveis necessidades sociais e à infinita variedade dos problemas práticos que a realidade apresenta dia a dia. Para o jurista, a jurisprudência tem tanta importância como a lei, e sem ela não pode conhecer-se a autêntica fisionomia dum direito”.⁹

A maior missão do Superior Tribunal de Justiça, portanto, consciente do seu poder gerador do Direito e, por causa dele, é a de uniformizar a jurisprudência brasileira.

8. **Norberto Bobbio**, Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora Polis, UnB, 1991, 2ª reimpressão, p. 45, destaques do autor.

9. **Angel Latorre**, Introdução ao Direito, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, pp. 88/89.

Até a Constituição de 1988, essa missão era do Supremo Tribunal Federal. Portanto, pode-se afirmar que entre tantas e tão relevantes atribuições, a missão mais importante do Superior Tribunal de Justiça e uma das principais razões de sua criação, é a que figura em último lugar no elenco constitucional de sua competência – a de julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” (CF, art. 105, III, c).

Anteriormente, explicitava-se a divergência com a interpretação dada pelo “próprio Supremo Tribunal Federal”. O constituinte dispensou a ênfase, certamente por entender que a expressão “outro tribunal”, sendo genérica, compreende (e sobretudo) o próprio Superior Tribunal de Justiça, no desempenho do seu magno papel uniformizador.

O exercício da missão de uniformizar a jurisprudência, conforme tivemos a oportunidade de versar com maior amplitude¹⁰, seria consideravelmente facilitado se bastasse o confronto entre a norma jurídica e o acórdão recorrido, para apurar se o julgado lhe deu exata aplicação, ou, ao revés, a contrariou, negou-lhe vigência, fez prevalecer a lei ou ato de governo local, contestado ante o direito federal de regência, ou criou interpretação delirante, para adequar o caso à lei e não o reverso. Ou, ainda, se a lei aplicada era a apropriada (hipótese de incidência).

É dos mais fascinantes o antigo debate da vinculação do juiz à lei, a polaridade entre a norma legal e a sentença. Tendo em vista a codificação do sistema jurídico, o juiz subsume o caso à norma, deriva sua sentença da lei. Assim, a sentença está “certa” quando transporta, com exatidão, o conteúdo do preceito codificado, sem nada lhe pretender aditar ou diminuir. Nesse contexto, a teoria do direito teria apenas a função, em relação ao juiz, de formular regras exatas para esse transporte, pois sua decisão não tem outra finalidade senão a de concretizar o conteúdo da lei, atingindo-se o ideal de “segurança e certeza” do direito; o sentenciar de diversos casos edifica uma jurisprudência reiterativa e uniforme, tornando prognosticáveis as decisões, dado que resultam de norma jurídica preexistente.

Contudo, adotar essa “posição ingênua”, diz o jusfilósofo **Winfried Hassemer**, é aceitar que a lei é a única fonte do direito. “A idéia de que a sentença do juiz surge claramente e sem vacilação da norma codificada, tor-

10. Palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo, em 03.10.88, intitulada “O Superior Tribunal de Justiça e a Autoridade do Direito Federal”.

nou-se, todavia, nos tempos atuais, um pensamento superado. Cedeu seu lugar ao reconhecimento de que o juiz atua como criador do direito.” A lei codificada não tem condições de determinar de modo completo a sentença, tanto que a jurisprudência pode modificar-se, em seu conteúdo, sem que a lei, aplicável ao caso, sequer tenha sido alterada¹¹.

Ao discorrer sobre “A Evolução do Direito e os Métodos de Julgamento”, indaga **Benjamin Cardozo**: “Como desenvolve e estende o juiz o corpo de uniformidades que chamamos o direito, quando combinações mutáveis de acontecimentos tornam necessário um desenvolvimento ou extensão? Existe apenas um método à sua disposição, ou existem métodos à escolha; e se assim é, como diferem e quais são os princípios que devem regular a escolha entre eles?”

Depois de confessar que só muito tarde adquirira o sentimento da importância do conhecimento meditado desses problemas, recorda-se de que, enquanto fora advogado, procurava encontrar o caso pertinente e aplicá-lo ao que tinha em mão, não cuidando se o precedente era justo. Como juiz, porém, verificou ser o elemento criador maior do que imaginara. Essa criação, contudo, salvo quando resulta de um ato de Onipotência, não é tirada do nada, mas toma os materiais disponíveis e dá-lhes forma. Ressalvados aqueles casos em que só há um caminho possível, “em que a lei é determinada e rígida”, outros “apresentam verdadeira oportunidade para a escolha – não entre duas decisões, uma das quais pode ser considerada como quase absolutamente certa e a outra como quase absolutamente errada – mas uma escolha de tal modo equilibrada que, uma vez anunciada, faz surgir nova concepção do que é ou não direito”. Mesmo nesses casos, a preferência não é arbitrária, a balança não se inclina “pelos gostos ou pela fantasia, mas pela razão”, acreditando o juiz, com intensidade variante de convicção, que escolheu bem e sabiamente. Nesse campo é “que a função judicial conquista suas maiores oportunidades e poderio” e é também nesse campo que o processo apresenta maior interesse.¹²

Vale ressaltar que o problema da uniformização da jurisprudência não se confunde com o da evolução do direito, interpretado pelos tribunais, sendo este um **prius** e aquele um **posterius**, adverte **Buzaid**. Acrescenta que enquanto permanecerem as condições políticas, econômicas e sociais em que surgiu o direito, “a tendência é a sua certeza, assegurada pela estabilidade de

11. **Winfried Hassemer**, in *Direito & Justiça*, v. 9, ano VII/85.

12. **Benjamin Cardozo**, *A Evolução do Direito e os Métodos de Julgamento*, cap. III, *Da Evolução do Direito*, Editora Nacional de Direito Ltda, 1956, pp. 139 e segs.

sua interpretação constante pelos tribunais”. E a certeza do direito consiste em evitar interpretações diversas e até antinômicas, *simultaneamente*, pelos tribunais, o que não exclui uma variação *sucessiva*. A uniformização da jurisprudência, portanto, não é a adesão aos vários precedentes judiciais, pois podem ser contraditórios, mas a um precedente judiciário único, a ser observado como regra e que “assim deve prevalecer, enquanto não substituído por outro precedente judiciário único, que atenda a novas condições políticas, sociais e econômicas”, solução que valoriza a certeza, sem perder em conteúdo de justiça.¹³

Sobre a tendência brasileira rumo à jurisprudência vinculante, merece especial referência **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, ao analisar os mais diversos ângulos da controvérsia e de suas causas geradoras. Lembra que em nível infra-constitucional, não constitui novidade, no direito luso-brasileiro, a força vinculativa dos precedentes, acolhida por mais de três séculos, oriunda das “Ordenações” Manuelinas e Filipinas e da “Lei da Boa Razão”, “embora disso não devamos nos orgulhar”. E em apertada síntese, discorre sob esforço, entre nós, em busca da uniformização da jurisprudência, que vem desde os *assentos* lusos e dos nossos *prejulgados*, que não deixaram boa lembrança, do recurso de *revista* (excluído do atual CPC), dos *embargos de divergência*, introduzindo-se o instituto da *uniformização da jurisprudência*, tímido e burocrático e que não encontrou a aplicação que dele esperava o legislador. O esforço, prossegue, contudo, mediante normas mais simples e efetivas, com a Lei nº 8.038/90, possibilitando ao relator, no STF e no STJ, decidir o pedido ou recurso que haja perdido seu objeto, ou negar seguimento ao manifestamente intempestivo, incabível, ou improcedente, ou que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do *respectivo tribunal*, proceder que o CPC, art. 557 (redação da Lei nº 9.139/95), ampliou para incluir súmula *de outro tribunal superior*. No Projeto de Lei nº 4.070/98 acrescenta-se-lhe um parágrafo para autorizar o relator a dar provimento ao recurso, naquelas condições.¹⁴

Nesses dez anos de existência, o STJ tem cumprido sua missão, mercê do devotamento e brilho dos seus juizes. E como o Tribunal, que gerara grandes esperanças, continua empenhado em cumprir bem todos os itens de sua vasta competência, no tocante à *uniformizar a jurisprudência*, contudo, já começa a preocupar a todos quantos se dedicam ao Direito, como instrumento da paz social (**Ihering**), isto é, aos tribunais jurisdicionados, advogados, membros do Ministério Público, juristas e aos próprios Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

13. **Alfredo Buzaid**, Conferência citada.

14. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, As Tendências Brasileiras Rumo à Jurisprudência Vinculante, Informativo da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 10, nº 2/1998.

Provavelmente, em razão do enorme afluxo de processos, oriundos de todo o País, em volume consideravelmente maior do que nos recursos antes destinados ao Supremo Tribunal Federal, quer pelo acréscimo do número de tribunais de origem, quer pelo próprio desenvolvimento econômico e populacional do Brasil, aumenta o risco de *incoerência* ou de *contradição* nos próprios julgados cuja maior missão é, precisamente, a de uniformizar a jurisprudência brasileira, no âmbito da Justiça Comum (Federal e Estadual), pela interpretação derradeira da lei federal (no sentido mais amplo de “direito federal”).

Se aos que lidam cotidianamente com o Direito nos tribunais – juízes, membros do Ministério Público e advogados – a incoerência dos julgados ainda causa estranheza, para o denominado “povo em geral” qualquer posicionamento contraditório resvala para o descrédito no acerto das decisões judiciais.

Ora, assim como antigamente ocorria com o Supremo Tribunal Federal, a motivar a feliz iniciativa do saudoso Ministro Victor Nunes Leal, para instituir as súmulas (mais de seiscentas, ainda hoje largamente utilizadas nos tribunais), o Superior Tribunal de Justiça também se esforça em sumular o maior número possível de enunciados de sua jurisprudência predominante, já ultrapassando duas centenas.

Mas nem mesmo esse esforço conjura o perigo da incoerência nos julgamentos. É evidente que sendo tantos os recursos e tão numerosos os julgados, decisões conflitantes ou contraditórias tendem a ocorrer, cada vez com maior freqüência. Os votos-vencidos constituem notáveis contribuições ao desenvolvimento do Direito e à realização da Justiça; muitos dos pontos de vista judiciais e doutrinários vencidos hoje, convertem-se em vencedores no futuro. Contudo, num Tribunal destinado a uniformizar a jurisprudência, qual o Supremo Tribunal anteriormente e agora o Superior Tribunal de Justiça, urge adotarem os Ministros, com mais freqüência, a *incidente de uniformização* (RISTJ, arts. 118/121), a cautela de prevenir divergência entre as Turmas de mesma Seção (RISTJ, art. 14), que algumas delas, aliás, mui elogiavelmente, já vêm utilizando; ou, ao menos, usar com mais freqüência o instituto da *res-salva*, apenas para resguardar o entendimento pessoal. A insistência no superestimar o modo individual de entender e aplicar o direito ao caso concreto, pode ocasionalmente modificar matéria já assente, por uma maioria eventual, desatenta aos precedentes, vindo a causar perplexidade no próprio Tribunal ou nos tribunais de origem dos recursos. Ou, o que é pior, dado o relevante papel difuso do precedente, nos juízes de primeiro grau.

Dez anos se passaram desde a criação do Superior Tribunal de Justiça. E daqui a mais dez, vinte, cem anos, como serão os julgados? Aplicar-se-á a

remota Súmula vinculante nº 7/98 ou a então atualíssima Súmula *desvinculante* 25/Windows 2102, já que o novo direito, ante a velocidade dos fatos e atos (fontes jurígenas) tornará desarrazoada qualquer vinculação, ante os conhecimentos da Nanotecnologia, “refazendo o mundo, molécula por molécula”, ou pelo desenvolvimento da Genética (Biogenética, Engenharia Genética)?

Os clones humanos, além dos teológicos, trarão difíceis problemas jurídicos, de registro civil (nascimento, casamento, óbito), filiação, etc. Como será a identificação do que delinqüiu, se DNA e impressões digitais forem idênticos? Identidade alfanumérica, ou pelo nome original vocativo, acrescido de algum algarismo de ordem, romano ou arábico? Num tribunal criminal, como responderá o acusado ao interrogatório? Quem sabe se não será como profeticamente enunciou **Mário de Sá-Carneiro**: “Eu não sou eu nem sou o outro, /Sou qualquer coisa de intermédio: / Pilar da ponte do tédio/ Que vai de mim para o Outro”. Ou, talvez, como **Fernando Pessoa**: “sou entre mim e mim o intervalo.” E como será atualizado o princípio da individualização da pena? E quem, finalmente, ressuscitará, no Dia do Juízo Final, o original ou uma das suas cópias clonadas? Certamente, o que tem pai e mãe, marcado com o ferrete do pecado original e onde reside a alma, se porventura não migrou para um dos muitos clones disponíveis, por puro desfastio do corpo antigo.

Aliás, problemas e muitos, de ordem jurídica, já se ensaiam em nossos dias e a qualquer momento começarão a ser decididos nos tribunais: a manipulação dos genes de plantas, legumes, frutas e cereais, já largamente utilizada, para aumentar ou racionalizar as colheitas, especialmente nos Estados Unidos, em que 60% das prateleiras dos supermercados alinham produtos transcodificados, sem qualquer aviso ao consumidor; já se fabricam tomates experimentais com genes de peixe de águas frias, para resistir às geadas; soja com gene de castanha já teria produzido, há dois anos, um evento letal, por alergia e consta que um país (a Inglaterra) já teria autorizado cientistas a criar bebês de proveta, sem cérebro, para retirada de órgãos destinados a transplantes cirúrgicos.

Quem julgará delito praticado em estação espacial construída e mantida mediante cooperação multinacional, ou definirá a responsabilidade civil pelo dano causado? Tribunal internacional ou alguma empresa transnacional da justiça terceirizada? E os princípios da nacionalidade, territorialidade, soberania? Como serão estabelecidas ou reguladas as prioridades nas infovias da Internet, ou definidos e punidos os delitos e conseqüente reparação, civil e penal, oriundos da Rede, gerados num determinado país, mas produzindo os danosos resultados em outro, como, aliás, já acontece agora?

Enfim, qual a serventia dos julgados de hoje, das Súmulas, sejam ou não vinculantes, como *precedentes*, se os atos e fatos (as fontes jurígenas) tiverem mudado tanto que o direito seja inteiramente novo?

E os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ainda serão (constitucionalmente) “independentes e harmônicos entre si” ou somente harmônicos, guiados e contidos pelo onisciente, onipresente e misericordioso poder de César?

Conseguirá o Legislativo sobreviver à inundação das Medidas Paradoxais, as polivalentes MPPs, isto é, Medidas Permanentemente Provisórias?

E o Judiciário, como conviverá com as excelências do decantado “controle externo”? E quem exercerá o Poder Moderador sobre os controladores? O Imperador? Esse texto será mesmo inovador ou apenas ressuscitado da Constituição de 1824?

Ao tentar definir o ideário do juiz, certa vez tivemos a oportunidade de dizer, em julgado sem memória, senão na generosa referência de **Jesus Costa Lima**¹⁵: “Há que se pôr em cada julgamento tanta alma e sabedoria que as decisões, embora versando sobre fatos passados e regulando conflitos do presente, se lancem, perenes, nos longes do futuro”.

“Sabe-se que os juizes, mediante o milagre da interpretação, podem iluminar, desembolar e atualizar um direito velho. Como irão aplicar o direito novo? O Judiciário ainda existirá? Ou melhor: resistirá?

Quem viver, verá.

15. **Apud Jesus Costa Lima**, in *Direito Sumulado pelo Tribunal Federal de Recursos*, como epígrafe do tema A Jurisprudência e sua Importância.

A Culpa como Pressuposto da Responsabilidade Civil no Transporte de Pessoas por Estrada de Ferro

Antônio Torreão Braz

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Assunto palpitante e ainda objeto de discussões concerne à responsabilidade civil no transporte terrestre de pessoas.

Quando da edição do Código Comercial, em 1850, não havia no Brasil estrada de ferro e os veículos de locomoção eram os mencionados no art. 108, isto é, bestas, carros e barcos. Por isso, nada dispôs a respeito da matéria, omissão, aliás, ensejadora de litígio judicial de grande repercussão em que uma das partes sustentava inexistir entre nós a responsabilidade civil nesse tipo de transporte.

A tese de isenção, porém, não vingou até que sobreveio o Decreto Legislativo nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, cujo art. 17 estatuiu:

“Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

I – caso fortuito ou força maior;

II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”

Consagrou, destarte, a teoria de presunção de culpa, só elidível nas hipóteses previstas no próprio texto legal, hipóteses que se reduzem ordinariamente, como ocorre na espécie ora tratada, ao caso fortuito ou força maior e à culpa exclusiva da vítima. Embora o decreto silencie, o fato de terceiro não exonera a estrada da responsabilidade pela reparação do dano, em virtude da obrigação de incolumidade que presume no contrato o compromisso de conduzir o viajante são e salvo ao lugar de destino. Fica-lhe assegurado, porém, ação regressiva contra esse terceiro. Observa **José de Aguiar Dias** que o fato de terceiro pode constituir causa de isenção quando se apresenta com as características da força maior (Da Responsabilidade Civil, For., 3ª ed., tomo II, p. 668).

Não é o caso de assassinato de passageiro em consequência de assalto praticado no interior de uma composição ferroviária, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em acórdão do qual fui relator (REsp nº 50.139-6-RS). Naquele julgamento ficou assentado que não se podia falar em caso fortuito ou força maior, porque no Brasil dos dias correntes o assalto com morte nos meios de transporte de mercadorias ou pessoas é fato previsível e, portanto, evitável. Em outras palavras, a morte de pessoas nas condições acima referidas já se tornou tão corriqueira e habitual que não mais representa impossibilidade ou imprevisibilidade “em relação à diligência que deve ser desenvolvida pelo transportador, no cumprimento da obrigação de incolumidade implícita no contrato”. *Nos dias correntes*, enfatizou o julgado, eis que o conceito de caso fortuito é mutável de conformidade com o tempo e condições outras em que o fato ocorre. Como nota **Arnaldo Medeiros da Fonseca** (Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, Forense, 3ª ed., p. 151), não há acontecimentos que possam, **a priori**, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento.

“O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência e da maior previdência humana. Um mesmo acontecimento, diversamente do que sustentou **Exner**, poderá constituir ou não caso fortuito, conforme a hipótese a que se aplique, variando as condições objetivas do caso.”

O tema, desde a edição do Decreto Legislativo nº 2.681/12, vem despertando a curiosidade e o interesse dos estudiosos, cada qual procurando contribuir de algum modo para o aprimoramento e eficácia do sistema.

Agostinho Alvim, que na sua conhecida e festejada obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências* dedicou um capítulo à matéria, afirma, com respaldo no método interpretativo evolutivo-histórico, que a responsabilidade civil das estradas de ferro já se integra à teoria do risco.

Escreve a propósito (*Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 5ª ed., Saraiva, nº 203, p. 318):

“Ainda que ponhamos de parte o recurso ao método evolutivo, não será desazado filiar a Lei nº 2.681 à responsabilidade pelo risco.

Dissemos supra que, ocorrido um fato em 1912, época da promulgação dessa lei, era possível que o juiz considerasse excluída a responsabilidade da estrada, por ausência de culpa.

E nós usamos daquela expressão dubitativa para significar que, embora

a solução mais provável àquele tempo fosse essa, em todo o caso mais acertado seria que já se considerasse tal diploma como filiado à teoria do risco, mesmo na época em que apareceu.

Em todo o caso, o certo é que, hoje em dia, ninguém deixa de reconhecer o caráter da responsabilidade objetiva estampado na aludida lei”.

Por mais tratos que se dê à imaginação, não atino como o pensamento do ilustre jurista possa merecer acolhida, tal a sua dissonância com as regras dominantes na moderna hermenêutica.

A responsabilidade civil, em nosso direito positivo, ainda repousa sobre o princípio da culpa, seja **lato sensu**, em que se inclui o dolo, seja **stricto sensu**. O elemento preponderante, destarte, é a culpa, sem cuja prova, a cargo da vítima **actori incumbit probatio**, inexistente a obrigação de reparar o dano, cumprindo-lhe resignar-se a suportar o prejuízo.

A presunção de culpa se insere no mesmo sistema, tanto que **Cunha Gonçalves** a qualificou como “uma ficção dos partidários da responsabilidade exclusivamente subjetiva”. A diferença é que se dá a inversão do ônus da prova, em virtude da qual o agente responsável (o empresário geralmente) é que deve demonstrar que o acidente resultou de caso fortuito ou força maior ou da culpa exclusiva da própria vítima.

Pela teoria do risco, não se faz mister o elemento culpa à caracterização da responsabilidade. Faz-se abstração dela, porque a obrigação de indenizar se funda na relação de causalidade entre o dano e o ato que lhe deu causa. Nasceu da idéia segundo a qual aquele que, no seu interesse, cria o risco de causar dano a outrem, terá de repará-lo na eventualidade da sua ocorrência. **Ubi emolumentum, ibi onus**.

A observação de **Aguiar Dias** merece destaque (ob. cit., tomo I, p. 98):

“Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora não o confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema. Assim, não quisemos aludir ao Decreto nº 2.681, regulador da responsabilidade das estradas de ferro, que se funda, por declarações reiteradas de seus textos, em presunção de culpa, nem a outros dispositivos de

lei, onde houve o propósito de conservar a culpa como base da responsabilidade.”

A doutrina acolhe o método histórico-evolutivo da exegese, desde que o aplicador não se exceda na adaptação à nova realidade circundante, na atualização da **ratio legis**. “Até aqui – obtempera **Francesco Ferrara** in *Interpretação e Aplicação das Leis*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 3ª ed., p. 17 – pode chegar a obra do intérprete. Mas desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la por pretendidas exigências de interesses, é atraiçoar a função do magistrado. O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador”.

Pode-se dizer que a opinião de **Karl Engisch** se situa no mesmo plano.

Guardado o respeito ao pensamento do legislador e ao fim por ele visado, inexistem óbices a correções da lei que permaneçam na órbita das teorias da interpretação e do preenchimento de lacunas. O que não se admite é que o intérprete, em seu trabalho de adaptação e esclarecimento do conteúdo da norma, ponha em confronto o legislador e a idéia transcendente de Direito para extrair uma solução supostamente aconselhada por este. São suas palavras: “O essencial é – pelo menos para a nossa ordem de considerações – a distinção entre a retificação conforme ao espírito de legislador e a retificação contra a vontade do legislador, feita em conformidade com a idéia de Direito” (Introdução ao Pensamento Jurídico, trad. de J. Batista Machado, Fundação Colouste Gulhenkian, Lisboa, 3ª ed., p. 279).

Concilia-se tal raciocínio com a ponderação de **Radbruch**, para quem somente em situação de singular excepcionalidade a justiça há de prevalecer sobre o ‘Direito injusto’, estatuído e criado pelo poder competente: “O Direito positivo, o Direito feito seguro através do ato de estatuição e do poder, prevalecerá mesmo quando seja injusto e inconveniente seu conteúdo, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça atinja um grau tal e seja de tal maneira insuportável que a lei, como ‘Direito injusto’, tenha de ceder o passo à justiça” (Filosofia do Direito, trad. de L. Cabral de Moncada, Arménio Amado Editor, 5ª ed., p. 417).

Nem mesmo será preciso cogitar de transmutação do modelo editado pelo legislador de 1912 ou em modificação da literalidade da norma. Os seus termos são unívocos, de molde a facilitar **ad futurum**, se necessário, uma exegese adequada ao comércio jurídico no campo do transporte de pessoas.

Fundada na doutrina do risco é a responsabilidade da estrada de ferro pelos danos causados aos proprietários marginais, a teor do disposto no art. 26 do citado Decreto nº 2.681/12, **verbis**:

“Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causarem aos proprietários marginais.

Cessar, porém, a responsabilidade, se o fato danoso for consequência direta da infração por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro.”

A responsabilidade em apreço – é o que se tira da dicção legal – independe de prova de culpa, assentando na relação de causalidade entre a exploração da linha e o dano causado ao proprietário.

É de intuitiva percepção a diferença entre os dois enunciados. O do art. 17, transcrito anteriormente, alude expressamente a *culpa presumida*, o do art. 26 não cogita de *culpa*. Deste modo, incorrendo a infração mencionada na segunda parte da disposição, a estrada responderá irremissivelmente pelo prejuízo que sofrer o proprietário marginal.

Não urge, pois, que se vá ao extremo de pretender substituir o legislador na elaboração de preceito adaptado à realidade atual. O art. 17 da Lei nº 2.681/12 ainda guarda sintonia com a complexidade dos problemas que angustiam a vida das pessoas na sociedade contemporânea e até mesmo o conceito do caso fortuito ou força maior, único escudo de que pode servir-se o transportador como instrumento de defesa, tem sentido mutável no tempo e no espaço.

É Possível a Revisão da Constituição de 1988?

Carlos Mário da Silva Velloso

Ministro do Supremo Tribunal Federal,
Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução: o conceito de Constituição

O tema – é possível a revisão da Constituição de 1988? – costuma gerar polêmica, dado que há proposta de emenda no sentido de ser convocada uma constituinte revisora, mediante plebiscito. Enfrentemos o tema, sem receios: estamos num congresso de Direito Constitucional. O importante é que seja ele desenvolvido com cientificidade.

É possível a revisão da Constituição de 1988? A indagação não dispensa algumas considerações introdutórias, com base na teoria geral da constituição que conduzem a uma boa compreensão do tema.

A Constituição pode ser conceituada, por primeiro, sob o ponto de vista sociológico e sob o ponto de vista jurídico.

Em termos sociológicos, a constituição é o modo de ser, real ou efetivo, de uma entidade política, de uma associação política. E sob o ponto de vista jurídico, ela é um conjunto de preceitos que estabelecem a estrutura jurídica de uma entidade política, de uma associação política, do Estado. A propósito, **Celso Ribeiro Bastos**, no seu Curso de Direito Constitucional, formula, de forma didática e científica, noções muito precisas a respeito da conceituação da constituição.

Todo ser tem uma estrutura, ou seja, uma constituição. A constituição do homem, por exemplo, se assenta em certas realidades que compõem o corpo humano. Da mesma forma, a constituição de uma entidade política, do Estado, se apóia em certas realidades que estão subjacentes à estrutura jurídica deste: a realidade econômica, a realidade política, a realidade histórica, a realidade religiosa, etc.

O corifeu da Constituição, no sentido sociológico, é **Ferdinand Lassalle**. Em uma palestra que proferiu por volta de 1862, na Alemanha, **Lassalle** pretendeu dar resposta a esta indagação: “o que é uma constituição?” ou, “qual a essência da constituição?”.

A constituição, para **Lassalle**, seria a soma dos fatores reais do poder

que rege um país. E foi além: invocando o que denominou de “lei da necessidade” – se todo corpo tem uma constituição, boa ou má, todo país também há de ter uma constituição, que estará assentada nos fatores reais que regem o poder. E essa constituição será, da mesma forma, boa ou má.

Mas aos juristas interessa, sobretudo, a constituição sob o ponto de vista jurídico. É dizer, interessa analisá-la como o conjunto de normas que estruturam os órgãos do Estado, definindo-lhes a competência e, como a idéia de constituição teve a impulsão a idéia dos direitos do homem, direitos individuais que ao Estado cabe reconhecer e proteger, o conjunto de normas que estabelecem os limites à ação dos órgãos estatais.

Poderíamos dizer, então, que a Constituição formal, jurídica, vai reger e disciplinar a constituição substancial, a constituição real.

O conceito de constituição vai mais longe. É que a constituição pode ser visualizada, ainda, sob o ponto de vista material e sob o ponto de vista formal. No primeiro caso – constituição sob o ponto de vista material – a constituição se apresenta como um conjunto de normas que dizem respeito à estrutura básica do Estado. É dizer, aquelas normas que estabelecem a forma de aquisição e exercício do poder, os limites e as competências deste. A constituição sob o ponto de vista formal, é a constituição jurídica, que contém as normas materiais e aquelas normas que denominaríamos de “puramente formalmente constitucionais” porque são constitucionais tão-só porque estão na constituição, porque têm forma de constituição. De regra, são normas que poderiam estar na lei ordinária. Todavia, o constituinte, refletindo tendências e aspirações, deu-lhes forma constitucional, colocou-as na constituição. Ambas, as normas materialmente constitucionais, que são as normas próprias da constituição – aquisição e exercício do poder, organização dos órgãos estatais, limites da atuação destes, com o reconhecimento dos direitos individuais e sociais – e as puramente formalmente constitucionais, constituem a constituição jurídica, ou a constituição formal.

O conceito de constituição material, para o revolucionário francês, está contido no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”. O conceito de constituição material, portanto, para o revolucionário francês, se resumia na garantia dos direitos individuais e na separação dos poderes, esta última como garantia de proteção daqueles.

É por isso que **Maurice Hauriou**, nos seus *Précis de droit constitutionnel*, e **Jellinek**, no seu *A Doutrina Geral do Direito e do Estado*, invocados por **Raul Machado Horta** (Estudos de Direito Constitucional, Del Rey Ed., 1995, pp.

55-56), definem constituição como sendo – **Maurice Hauriou** – “o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência. Esse conjunto se desdobra em regras relativas à organização social essencial, isto é, à ordem individualista e às liberdades individuais, e em regras relativas à organização política e ao funcionamento do Governo”, ou – **G. Jellinek** – “A Constituição contém os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, estabelecendo o modo de sua criação, suas relações recíprocas, sua esfera de ação e fixam a posição fundamental do indivíduo em face do poder estatal”.

Hoje, entretanto, o conceito de constituição material alargou-se: ele contém, registra **Raul Machado Horta**, os elementos “que provêm do constitucionalismo liberal dos fins do século XVIII e do século XIX, como também as matérias que foram acrescentadas ao conteúdo clássico, para atender aspirações novas e emergentes, que o poder constituinte originário, aqui e ali, foi incluindo no texto da Constituição, alargando o conteúdo da matéria constitucional”. (Ob. e loc. cit.)

E se acrescentarmos às normas materialmente constitucionais, largamente ampliadas neste século, as normas puramente formalmente constitucionais, que não são normas próprias da constituição, mas que o constituinte incluiu no texto constitucional, vamos verificar que as constituições contemporâneas são bastante extensas.

Classificação das Constituições

Existem diversas maneiras de classificar a Constituição. **José Afonso da Silva**, no seu Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Ed., 15^a ed., 1998, p. 42, assim a classifica: a) quanto ao seu conteúdo, materiais e formais; b) quanto à forma, escritas e não-escritas; c) quanto ao modo de elaboração, dogmáticas e históricas; d) quanto à origem, populares (democráticas) e outorgadas; e) quanto à estabilidade, rígidas, flexíveis e semi-rígidas. Outros fazem-no desta forma: a) quanto ao seu conteúdo, monárquicas ou republicanas, unitárias ou federativas, aristocráticas ou democráticas, socialistas ou capitalistas e presidencialistas ou parlamentaristas; b) quanto a sua forma, escritas ou costumesiras; c) quanto a sua origem, outorgadas ou populares. Dentre as populares, que são as constituições elaboradas por uma assembléia constituinte, temos aquelas que, após votadas por esta, são submetidas ao referendo do titular do poder, que é o povo. As constituições plebiscitárias são praticamente outorgadas, já que o povo é consultado se um determinado agente estaria legitimado a outorgar um certo texto constitucional. Constituem, está-se a ver, a pior das modalidades,

por isso mesmo são da predileção dos ditadores: Napoleão I, Napoleão II, Hitler, Fidel Castro, Pinochet, dentre outros. E, d) quanto à forma, em imutáveis, fixas, rígidas e flexíveis.

A reforma das Constituições

Não é comum falar-se em Constituição imutável, já que as constituições devem atender aos interesses de muitas gerações. De outro lado, deve a constituição formal estar ajustada à constituição substancial, real.

Mas pode haver constituição imutável, ou texto constitucional imutável. Seria possível a revogação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789? Seria possível ao parlamento inglês revogar a Magna Carta do Rei João Sem Terra, que é um dos documentos que formam a Constituição não-escrita da Inglaterra? Seria ainda possível a revogação do *Bill of Rights* de 1689, ou a Petição de Direitos de 1628, ou o Ato de **Habeas Corpus** de 1678?

Certamente que não.

Nesse sentido, portanto, esses documentos são imutáveis, são eternos.

Constitucionalistas já sustentaram a possibilidade de existirem constituições fixas, que somente poderiam ser alteradas pelo poder constituinte originário. Assim, a constituição somente poderia ser reformada mediante a convocação de uma assembléia constituinte. Hoje, essa doutrina não tem seguidores.

A rigidez constitucional: a tradição republicana brasileira

A doutrina que prevalece é a das constituições rígidas e flexíveis. Estas são aquelas que podem ser alteradas e reformadas com observância do processo das leis comuns. O exemplo de constituição flexível é a constituição não-escrita da Inglaterra. Já a constituição rígida é aquela que somente será alterada mediante um processo especial, que constitui o poder constituinte derivado.

A nossa tradição, a tradição brasileira, é a da rigidez constitucional, não obstante a Constituição Imperial de 1824 ter deixado expresso, no seu artigo 178, que somente as normas materialmente constitucionais estariam submetidas ao processo especial para a sua alteração; as demais, seguiriam o processo ordinário. Era, pois, uma Constituição semi-rígida.

A Constituição de 1934 não chega a ser uma Constituição semi-rígida, muito embora tenha ela distinguido entre revisão e emenda. O processo de revisão dizia respeito às normas materialmente constitucionais, sendo, portanto, mais rigoroso. Já o processo de elaboração de uma emenda dizia respei-

to às normas formalmente constitucionais. Tratava-se de um processo diferente do processo de revisão, mas formalmente mais rigoroso do que o processo de criação e alteração das leis ordinárias.

Desta forma, é correta a afirmativa no sentido de que, a partir da Constituição republicana de 1891, a regra é a da rigidez constitucional.

Registram os constitucionalistas que a idéia de constituição rígida implica a formulação de três degraus de atividade legiferante. O primeiro, constitui-se na criação da Constituição, pelo que implica a idéia de poder constituinte originário; o segundo, é a atividade do poder de reforma da constituição, e o terceiro, constitui-se no poder de elaboração das leis ordinárias, ou seja, na elaboração das normas infraconstitucionais. O poder elaborador da constituição, o poder constituinte originário, se diz ilimitado; o poder de reforma constitucional, entretanto, é limitado e os seus limites estão na criatura do poder constituinte originário, que é a constituição, da mesma forma que é limitado o poder legislativo ordinário. Como corolário desses conceitos, pode-se afirmar que, tanto o poder de reforma, quanto o poder legislativo ordinário, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Poder constituinte originário e poder constituinte derivado

No que toca ao poder constituinte originário, o seu conceito surge concomitantemente com a idéia de constituição, na segunda metade do século XVIII e com a Revolução Francesa de 1789. A idéia desse poder foi veiculada, pela primeira vez, pelo Abade **Emmanuel Joseph Sieyès**, em 1789, numa pequena obra – “*Qu'est-ce que le Tiers État?*”, a que a Assembléia Constituinte da Revolução Francesa emprestou grande importância. O Abade **Sieyès** integrava os Estados Gerais, como representante do Estado Clerical, mas formulou o conceito de poder constituinte originário, tendo como destinatário o Terceiro Estado, ou o Estado burguês. O poder constituinte originário tem como titular o povo; o seu veículo é, de regra, uma revolução legítima, mas ele pode ter como veículo, também, uma assembléia constituinte regularmente convocada. No Brasil, em 1986, os poderes Executivo e Legislativo concluíram que a reforma da constituição não bastava. Por isso, convocaram o povo a eleger uma assembléia constituinte, o que ocorreu. De certa forma, fez-se, no Brasil, o mesmo que De Gaulle fez, na França, em 1958. O certo é que, no Brasil, em 1986, os poderes constituídos, – aí integrado o Poder Judiciário, dado que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, então o Ministro Moreira Alves, presidiu a primeira sessão da Assembléia Nacional Constituinte – diante das manifestações populares, pedindo eleições “diretas já”, convocaram o

povo – a convocação se fez mediante emenda constitucional – a eleger, conforme foi dito, uma assembléia constituinte, que votou e promulgou a Constituição de 5 de outubro de 1988.

Segue-se o poder de reforma, que **Sanchez Aguesta** chama de poder constituinte constituído, **George Burdeau** de poder constituinte instituído, **Garcia Pelayo** de poder constituinte derivado e **Pontes de Miranda** de poder constituinte de segundo grau.

As limitações ao constituinte derivado

Esse poder de reforma está sujeito a limites, limites que são expressos ou implícitos ou inerentes à Constituição que se vai reformar.

Registra **Raul Machado Horta** que **G. Burdeau**, na linha do pensamento de **Carré de Malberg** e de **Esmein**, “desenvolveu a doutrina da limitação do poder de revisão, que decorre de sua qualificação de órgão do Estado, portador da idéia de Direito contida na Constituição”, não sendo diversa a doutrina italiana, conforme as lições de **Costantino Mortati**, **Biscaretti di Ruffia** e **Stefano Maria Cicconetti**, dentre outros. **Raul Machado Horta** (ob. cit., p. 91), **Jorge Miranda** (Manual de Direito Constitucional, Coimbra Ed., 1981, v. I, t. 2, p. 433) e **Gomes Canotilho** (Direito Constitucional, 5ª ed., Almedina, 1991, pp. 1.130/1.138) acentuam que o poder de reforma está sujeito a limitações, o que é aceito pela doutrina brasileira e ressaí das lições de **Pontes de Miranda** (Comentários à Constituição Federal de 1967), **Pinto Ferreira** (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno), **Nelson de Souza Sampaio** (O Poder de Reforma Constitucional), **Raul Machado Horta** (ob. cit.), **José Afonso da Silva** (Curso de Direito Const. Positivo), **José Alfredo de Oliveira Baracho** (Teoria Geral do Poder Constituinte), **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (Curso de Direito Constitucional), **Celso Ribeiro Bastos** e **Ives Gandra Martins** (Comentários à Constituição do Brasil), **Edvaldo Brito** (Limites da Revisão Constitucional), **Geraldo Ataliba** (Poder Constituinte de Revisão: Limites). Eu próprio escrevi sobre o tema, acentuando essa limitação (Servidor Público – Aposentadoria – Direito Adquirido, na RDP 21, 1972, p. 174).

As limitações à ação do poder constituinte derivado são de várias espécies: ou são formais, ou são de ordem temporal, ou são circunstanciais, ou são materiais, expressas ou implícitas.

A Constituição do Brasil, de 1988, estabelece: a) *limitações formais*, que estão consubstanciadas no processo de reforma: o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional), a iniciativa reservada da proposta de emenda (CF, art. 60, I, II e III), o processo especial de elaboração (CF, art. 60, §§ 2º, 3º e 5º); b)

limitações circunstanciais: a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (CF, art. 60, § 1º); c) *limitações materiais*, que podem ser expressas (CF, art. 60, § 4º, I, II, III e IV) e implícitas ou inerentes à Constituição.

A Constituição de 1988 consagrou, na sua feição original, espécie de limitação temporal, ao estabelecer, no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão se fez com observância da limitação temporal. Fora daí, não há, na Constituição de 1988, limitação temporal.

Examinemos as limitações materiais ao poder de reforma. Na Constituição do Brasil, estão elas inscritas nos incisos I, II, III e IV do § 4º do art. 60. Os constitucionalistas europeus utilizam a terminologia “limitações materiais ao poder de reforma”. No Brasil, uma metáfora está pegando: cláusulas pétreas, metáfora criada por **Pontes de Miranda**. Não gosto muito dela, porque ela sugere a idéia de petrificação da Constituição, quando esta, a Constituição formal, deverá ser ajustada, sempre e sempre como faz, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana – à constituição substancial, real. O ajuste da Constituição formal à Constituição substancial, repito, é necessário e ele se faz ou mediante construção jurisprudencial, como faz a Suprema Corte norte-americana, ou mediante emendas constitucionais, como, de regra, procedem os povos latinos.

Conforme mencionamos, as limitações ao poder de revisão são acolhidas, unanimemente, pela doutrina. Não tenho notícia de um só constitucionalista de peso que afirmasse a ilimitação do poder de reforma da Constituição.

Voltemos às limitações materiais inscritas no art. 60, § 4º, da Constituição vigente. São elas limitações materiais expressas. Estabelece a Constituição que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos poderes; d) os direitos e garantias individuais.

Ao lado das limitações expressas, estão as implícitas, ou inerentes à Constituição. Importante, no ponto, a lição de **Karl Loewenstein**, na sua *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, p. 189.

São limitações implícitas ou inerentes, por exemplo, os fundamentos do Estado democrático de direito, consagrados na Constituição, art. 1º e incisos. Outro exemplo é o princípio inscrito no parágrafo único do art. 1º; também os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 3º.

Há os que afirmam que os direitos sociais constituem limitações implícitas. Penso, entretanto, que esses direitos constituem limitações expresas. É dizer, quando a Constituição estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, ela não está se referindo, apenas, aos direitos e garantias inscritos no art. 5º, porque os direitos fundamentais, ou os direitos humanos, são de várias gerações, incluindo-se os direitos sociais como direitos de 2ª geração.

Os direitos fundamentais

Em voto que proferi no Supremo Tribunal Federal – ADIn nº 1.497-DF, e em artigo de doutrina que escrevi em homenagem a **Geraldo Ataliba** – Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos Fundamentais, e a Reforma Tributária, em Direito Administrativo e Constitucional, Estudos em homenagem a **Geraldo Ataliba**, organizado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, Malheiros Ed., 1997, p. 162 – dissertei a respeito do tema, registrando que os direitos e garantias individuais, referidos no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, são os direitos fundamentais, os denominados direitos humanos. Escrevi, então, que esses direitos fundamentais, que os jusnaturalistas consideram inerentes à personalidade humana, surgiram, inicialmente, em declarações de direitos, declarações essas assentadas em precedentes históricos e doutrinários que podem ser encontrados no território do velho mundo e até na velha Roma, “como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios”, ou “a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o **Interdicto de Homine Libero Exhibendo**, remoto antecedente do **habeas corpus** moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.” (**José Afonso da Silva**, Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., p. 134). Também em Atenas, registra **Gustave Glotz** (A Cidade Grega, Difel, 1980, tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Corte de Lacerda), pugnava-se pelas liberdades democráticas. O discurso de **Péricles**, em honra dos heróis da Guerra do Peloponeso, considera a igualdade inerente à democracia, faz a apologia do respeito às regras que defendem os oprimidos e proclama que a liberdade se confunde com a felicidade. A Idade Média, contudo, é que foi pródiga nos antecedentes das declarações de direito, com os pactos, os forais e as cartas de franquia, encontrados em toda a Europa: na Espanha, o de León e Castela, de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurou defender a justiça, assegurando o domicílio das pessoas, a propriedade e a possibilidade de as pessoas terem um julgamento justo. O de Aragão, de 1265, e

o de Viscaia, de 1526, reconheciam liberdades. A história constitucional inglesa é rica nesses pactos asseguradores de direitos: a Magna Carta, de 1.215, a *Petition of Rights*, de 1628, o **Habeas Corpus act**, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1688, e o *Act of Settlement* (o Ato de sucessão), de 1707, são magníficos antecedentes das declarações de direitos subjetivadas e positivadas nas Constituições que se seguiram à adoção do constitucionalismo na segunda metade do século XVIII. Importante é ressaltar, entretanto, antes da Constituição de Filadélfia, de 1787, e antes da eclosão do movimento constitucionalista, com a Revolução Francesa de 1789, o *Mayflower Compact*, de 1620, a *Charter of New England*, de 1620, a *Charter of Massachusetts*, de 1629, a de Maryland, de 1632, a de Connecticut, de 1662, a de Rhode Island, de 1663, a de Carolina, de 1663.

A Declaração de Virgínia, de 12.01.1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais do mundo. Ela é anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04.07.1776. A mais famosa, entretanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio no bojo da Revolução Francesa, de 1789. Essas declarações inspiraram-se, sobretudo, nas doutrinas de **Locke**, de **Rousseau** e de **Montesquieu**, preocupando-se em estabelecer em torno das pessoas um círculo de segurança no qual o poder não poderia penetrar. Nessa linha, o *Bill of Rights* do povo norte-americano, consubstanciado nas dez primeiras emendas à Constituição de 1787, aprovadas em 1791, às quais acrescentaram-se, com o correr do tempo, outras mais. As Constituições que se seguiram positivaram os direitos considerados fundamentais do homem. A Constituição brasileira de 1824 inspirou a Constituição da Bélgica, de 1831. A Constituição republicana, de 1891, caminhou na mesma linha, consagrando os direitos individuais. A Carta de 1934 realiza o compromisso do individual com o social, porque consagra direitos individuais e direitos sociais, o que se tornou constante nas Constituições seguintes, 1946, 1967, EC nº 1/69, 1988.

Hoje, a doutrina dos direitos fundamentais distingue direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, registra o eminente **Celso Lafer**, – Direitos Humanos e Democracia: no Plano Interno e Internacional, em *Desafios: Ética e Política*, Ed. Siciliano, 1995, pp. 201 e segs. – que desenvolve assim o tema: os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem-estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação constituem exemplos desses direitos.

Os de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais que constituem cláusulas pétreas

Nos citados trabalhos que escrevi, procurei responder a esta indagação: todos esses direitos constituem limitação material ao poder de reforma? Noutras palavras, estariam todos esses direitos cobertos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição?

Dei resposta negativa à indagação. Afirmei que é preciso distinguir os direitos a que, na realidade, quis a Constituição conferir essa máxima garantia. E que, bom indicativo dos direitos, que poderiam ser incluídos como cláusula pétrea, encontra-se no Título I da Constituição, que cuida dos Princípios Fundamentais.

No artigo 1º, estabelece-se que a República Federativa do Brasil, que constitui-se em Estado democrático de direito, tem como fundamento a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Todos aqueles direitos que digam respeito, portanto, à cidadania, valorizando-a, e que servem para emprestar dignidade à pessoa humana, são, na ordem constitucional brasileira, direitos que gozam da proteção máxima do art. 60, § 4º, IV. Essas disposições constitucionais – art. 1º, II e III – alinham-se com os objetivos fundamentais da República, inscritos no art. 3º, especialmente com os inscritos nos incisos I – construir uma sociedade livre, justa e solidária, III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e com o princípio que rege a República nas suas relações internacionais, inscrito no art. 4º, II – prevalência dos direitos humanos, e VII – repúdio ao racismo. O princípio posto no inciso X do art. 4º – concessão de asilo político – demonstra a preocupação da Constituição com o homem como tal, como ser humano.

Esses fundamentos (art. 1º), objetivos fundamentais (art. 3º) e princípios (art. 4º) – princípios todos eles – acima enunciados, constituem a moldura do quadro que, no ponto – direitos fundamentais – o constituinte originário pintou e emprestou a proteção máxima do art. 60, § 4º, IV.

Não se pode perder de vista, também, as *têtes de chapitres* dos direitos enunciados no art. 5º da Constituição, *têtes de chapitres* inscritas no **caput** deste –

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, certo que a esta associa-se a sua função social. Os direitos que, nos incisos do citado artigo 5º, constituem desdobramento de tais títulos, podem ser considerados direitos fundamentais.

Busquemos caracterizá-los, tanto aqueles que estão nos incisos do artigo 5º, quanto os demais que se espalham pelo texto constitucional.

Em precioso trabalho, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** pretendeu visualizar a natureza dos direitos fundamentais – “Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1988”, na RDA 203/1. Começa o autor por afirmar que “a doutrina dos direitos fundamentais tem profundas raízes filosóficas – e assim não escapa das controvérsias mais abstratas e complexas – envolve sempre conotações políticas – e assim se insere no dia-a-dia do poder estatal – e está no cerne do novo direito internacional que não ignora os indivíduos.” Bem por isso, essa doutrina interessa à filosofia do direito, à teoria do Estado, ao direito internacional e, claro, ao direito constitucional. Nas primeiras Declarações, esses direitos eram os inerentes à personalidade humana. Seriam, portanto, direitos naturais. Isto, entretanto, seria suficiente, hoje, para caracterizar a natureza dos direitos fundamentais, no sentido de que somente aqueles direitos que poderiam ser considerados naturais é que teriam o **status** de direitos fundamentais? A resposta é negativa, não obstante ser importante, para a caracterização que perseguimos, a doutrina do jusnaturalismo. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** registra que “a Carta de 1988 explicita numerosíssimos direitos ‘fundamentais’, muitíssimos mais que as anteriores e mesmo que as estrangeiras. Basta lembrar que a Constituição alemã enuncia cerca de vinte e poucos direitos fundamentais e o art. 153 da Emenda nº 1/69 arrolava cerca de trinta e cinco direitos e garantias e o art. 5º da atual enumera pelo menos setenta e seis, afora os oito do art. 6º, afora os que se depreendem do art. 150, afora o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à comunicação social (art. 220), portanto, no mínimo, oitenta e seis e provavelmente uma centena, se se considerar que vários dos itens do art. 6º consagram mais de um direito ou garantia. Quer dizer, três vezes mais do que o texto brasileiro anterior, cinco vezes mais do que a declaração alemã. Há, portanto, na Carta vigente uma ‘inflação’ de direitos fundamentais.” Mas, acrescenta o ilustre constitucionalista, “o exame, por outro lado, desses direitos fundamentais enunciados em 1988 provoca dúvidas se muitos deles são realmente direitos fundamentais... A não ser que se desvalorize o sentido de ‘fundamental’, tornando-o não o equivalente a essencial mas a meramente ‘importante’. (Ob. e loc. cit., p. 4).

Após lembrar que a doutrina tem-se preocupado com a multiplicação

desses direitos, procurando identificar os verdadeiros direitos fundamentais, invoca **Manoel Gonçalves** o publicista e cientista político **Philip Alston** (*Conjuring up New Human Rights: A proposal for quality control, American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, p. 607 e s., *apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, ob. e loc. cit.), que informa que novos direitos fundamentais estão em vista de ser declarados, como o direito ao sono, o direito ao turismo, o direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, o direito à coexistência com a natureza, o direito de livremente experimentar modos de viver alternativos, dentre muitos. Traz ao debate outros estudiosos do tema, como **Maurice Crasston**, que refletindo a preocupação da doutrina com o problema, indica critérios para que um direito possa ser considerado fundamental: “um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano.” Também **F.G. Jacobs** indica três critérios relevantes: “1) o direito deve ser fundamental; 2) o direito deve ser universal, nos dois sentidos de que é universal ou muito generalizadamente reconhecido e que é garantido a todos; e 3) o direito deve ser suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado e não apenas para estabelecer um padrão.”

E o próprio **Alston**, registra **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, “indica seis critérios, mais preocupado com a inserção de tais direitos no plano internacional em geral e no da ONU em particular”. Segundo **Alston**, um direito para ser admitido entre os *human rights* deve: “refletir um fundamentalmente importante valor social; ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor, ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; ser consistente com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo; ser capaz de alcançar um muito alto nível de consenso internacional; ser compatível, ou ao menos não claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.” Acrescenta o professor **Manoel Gonçalves** que “fácil é deduzir que os critérios assinalados levariam a recusar a qualidade de direitos fundamentais a muitos dos direitos que enuncia a Carta Brasileira” (ob. e loc. cit., p. 6), com o que concordamos.

Essas doutrinas que vimos de expor impõem, no mínimo, a conclusão no sentido de que há direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais

formais. É dizer, há aqueles direitos que se alçam numa categoria superior e direitos fundamentais que seriam secundários. Essa diferença hierárquica entre esses direitos é ressaltada, aliás, por **Manoel Gonçalves** (ob. e loc. cit.).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os princípios constitucionais tributários, inscritos no Estatuto dos Contribuintes, art. 150 da Constituição, constituem limitações ao poder de reforma. No julgamento da ADIn nº 939-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, que teve por objeto a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, decidiu que essa citada Emenda nº 3, de 1993, incidiu no vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º do seu art. 2º, que, no tocante ao IPMF, não teria aplicação o art. 150, III, **b** (princípio da anterioridade) e VI (imunidades).

Dentre as limitações denominadas inerentes, alguns autores lecionam que estas seriam, por exemplo, os direitos fundamentais. Na Constituição do Brasil, entretanto, conforme vimos, os direitos fundamentais, com as observações que fizemos, constituem limitações expressas.

As limitações formais: uma palavra

As normas que dispõem a respeito do processo de reforma são, na verdade, limitações formais ao constituinte derivado, que não pode alterá-las.

Carl Schmidt, na sua Teoria da Constituição, dissertando a respeito, registra que a morte da Constituição de Weimar ocorreu desta maneira. É que o constituinte derivado alterava, deliberadamente, o processo de revisão daquela Constituição. Ora, se se entender possível ao constituinte derivado a reforma ilimitada desse processo, de alteração em alteração a Constituição rígida passaria a ser flexível. **Costantino Mortati** tem páginas admiráveis a respeito desse tema, sustentando a necessidade da limitação, no ponto. **Nelson de Souza Sampaio**, na sua preciosa obra, Poder de Reforma Constitucional, indaga: poderia o legislador ordinário alterar as condições previstas na Constituição para o exercício de sua tarefa? Responde o saudoso autor negativamente. Segue-se, então, a segunda indagação: da mesma forma, seria possível ao legislador, que reforma a Constituição, alterar as normas que legitimam essa tarefa? A resposta há de ser, também, negativa. O Abade **Sieyès**, na obra que ficou clássica, *Qu'est-ce que le Tiers État*, afirma que “nenhuma espécie de poder delegado pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação.”

É possível reformar a Constituição de 1988?

A nossa palestra está ficando longa demais. É hora de darmos resposta à indagação que nos foi feita: é possível a reforma da Constituição de 1988?

Sim, a reforma é possível, desde que se observem as regras inscritas na Constituição.

A Constituição revisora

Há quem afirme que, mediante plebiscito, vale dizer, mediante consulta ao titular do poder, que é o povo, seria possível reformar a Constituição sem observância do processo especial nela previsto. É dizer, o povo poderia autorizar o legislador ordinário a reformar a Constituição sem as limitações nela previstas.

Esse modo de encarar a questão não se coaduna com a teoria da Constituição, podendo colocar em perigo as instituições democráticas.

É que, inerente ao princípio da supremacia da Constituição, tem-se o princípio do Estado de Direito, um dos pilares da Constituição.

Ora, no Estado de Direito tudo se faz e todos agem, inclusive o povo, de conformidade com normas preestabelecidas na Constituição e nas leis. As normas preestabelecidas, na Constituição, para a sua reforma, devem ser observadas por todos, inclusive pelo povo. E se não ocorrem os pressupostos da atuação do poder constituinte originário – revolução ou convocação justificada de uma assembléia constituinte – forçoso é cumprir o que está estabelecido na Constituição no que concerne a sua reforma.

O plebiscito de que falamos tornaria o Congresso Nacional uma Constituinte Revisora, com poderes muito maiores do que aqueles conferidos ao Poder de Revisão instituído na Constituição, certo que o plebiscito teria ocorrido de forma anormal, porque ao arrepio da Carta Política.

Paulo Bonavides, em artigo publicado em vários jornais – *Correio Braziliense* de 07.05.98, p. 31 – chega a afirmar que a convocação de uma assembléia em tais moldes consubstancia autêntico golpe de Estado. Já **Miguel Reale** entende possível essa convocação, porém com observância de certas limitações, como, por exemplo, com observância das “normas pétreas”. Verifica-se, entretanto, do trabalho do eminente professor **Miguel Reale**, meu mestre também em Direito Constitucional, que deseja ele, no fundo, mais poderes para o Congresso, a fim de que possam ser feitas certas reformas constitucionais consideradas de grande importância para o povo brasileiro, como, por exemplo, a reforma da Previdência Social, a reforma da Justiça e a do Legislativo, “a fim de estabelecer mais igualdade entre os Estados no seio da Câmara dos Deputados e dar nova disciplina às ‘medidas provisórias’, que constituem a base do presidencialismo imperial dominante.” Na verdade, o prof. **Reale** propugna por uma Constituição Revisora para decidir sobre dois

ou três assuntos que entende fundamentais. (“Por uma Constituinte Revisora”, em O Estado de São Paulo, 02.05.98).

Também acho que há certas reformas constitucionais que precisam ser feitas, com urgência, como, por exemplo, a reforma da Previdência Social e a reforma do Poder Judiciário. Penso, entretanto, que tais reformas devem ser feitas com observância do que está estabelecido na criatura do poder constituinte originário, que é a Constituição.

O sentimento constitucional

Finalmente, *last but not least*, que a reforma da constituição se faça sem quebra do “sentimento constitucional”, que foi veiculado, com cientificidade, por **Karl Loewenstein** (*Teoria de la Constitución*, já citada), e que vem sendo versado por constitucionalistas de escol, como **Pablo Lucas Verdú** (*El sentimiento constitucional*, Madri, Reus, 1985), **Raul Machado Horta** (*Estudos de Direito Constitucional*, Del Rey Ed., 1995, pp. 108 e segs.), dentre outros.

A permanência da Constituição ultrapassa o mundo das normas jurídicas que realiza a supremacia constitucional. Essa permanência da Constituição decorre, também, da adesão a esta, pelo povo, pela Nação, assim do domínio do sentimento constitucional (**Raul Machado Horta**, ob. e loc. cit.).

Karl Loewenstein, que foi quem primeiro cuidou cientificamente do tema (*Teoria de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 199 e segs.), deixa expresso, registra **Raul Machado Horta** (ob. e loc. cit.), “que a Constituição se valoriza na medida em que favorece mudanças na estrutura social sem alteração do processo político. A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado.” E acrescenta **Raul Machado Horta**, forte em **Loewenstein**, que “o segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infreqüentes não abalam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo”.

As reformas constitucionais, de regra, retiram da Constituição o seu sentido de permanência e concorrem para depreciar o sentimento constitucional do povo, que, segundo **Loewenstein**, é o comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político, a consciência solidarizante, salienta **Machado Horta**, da comunidade que se constitui dos detentores e dos destinatários do poder na Constituição.

Faltando esse sentimento constitucional, a Constituição será a mera “folha de papel” de que falou **Ferdinand Lassalle**.

Pablo Lucas Verdú desenvolveu o tema, no seu *El sentimiento constitucional*, insistindo na caracterização desse sentimento como modo de integração política, acentuando a necessidade da existência de um vínculo moral entre as instituições e os homens, apoiando-se nesse vínculo o sentimento constitucional.

É grande, portanto, sob tal aspecto, a responsabilidade dos estudiosos e dos que ensinam o Direito Constitucional na formação e na preservação desse sentimento constitucional.

Vale registrar, no ponto, a lição de **Pablo Lucas Verdú**, numa tradução livre de suas palavras:

“O conceito de conflito é completo quando a inteligência teórica une-se a uma compreensão emocional mediante o sentimento que se adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota com a explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas, requer, mais, que se insista na necessidade de que a sociedade adira àquela, sentindo-a como coisa própria.”

Conclusão

Será possível rever a Constituição de 1988? Sim, será possível, repito, desde que sejam observados o processo de reforma e as limitações nela estabelecidos. E que essa revisão se faça de modo científico, procurando realizar as aspirações da Nação. Só assim ela não retirará da alma do povo o sentimento de respeito e de amor pela Constituição, sem o que não se constrói uma nação livre, próspera e independente.

Palestra proferida no XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, que teve como tema principal os 10 anos da Constituição, promovida pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, na cidade de São Paulo, SP, de 20 a 23.05.98.

A Reforma do Poder Judiciário

Romildo Bueno de Souza

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Eminentes Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros, que tiveram a gentileza de me convidar para presidir os trabalhos desta sessão, neste importante seminário, em que nos temos ocupado com o magno problema da reforma do Poder Judiciário brasileiro; eminentes Ministros do Superior Tribunal de Justiça; eminentes colegas dos Tribunais Regionais; Ministros do Superior Tribunal Militar, que muito nos honram; Senhores Magistrados e Advogados.

Estou gentilmente intimado a tratar de um tema deveras polêmico, objeto de disceptações públicas as mais contundentes, numa e noutra direção, para apreçoar, reclamar o controle externo do Poder Judiciário, ou, então, repudiá-lo em termos categóricos. Temos, diante de nós, algumas proposições que tramitam, ainda numa fase inicial, em setores do Congresso Nacional e que procuram encontrar um termo conciliatório; um tipo de controle do Poder Judiciário que não merecesse esse nome; um tipo de órgão que pudesse exercer algum papel na administração superior da Justiça brasileira. Essa preocupação mais recente de transigir no tocante à pretensão de um controle externo propriamente dito, ou de admitir a suficiência dos meios atuais, essa tendência conciliadora propõe formas mais suaves de integração, num órgão de superior administração da Justiça, de um ou dois representantes da Ordem dos Advogados do Brasil ou do Ministério Público.

Para abordar, de uma forma resumida o quanto possível e metódica, o tema do controle externo do Poder Judiciário, devo começar por aludir à primazia da preocupação com o produto da ação dos juizes e tribunais no quadro das instituições políticas do mundo ocidental. Foi no âmbito da administração da Justiça que, primeiramente, identificou-se a necessidade de algum tipo de verificação do modo como a Justiça funciona e, portanto, exerce o seu mister na sociedade.

A esse propósito, reputo bastante elucidativos, para não regressarmos muito no tempo, para ficarmos aí pelo século XVIII, os textos das Ordenações Filipinas, que abordaram, de forma bastante suave e atualizada, o tema da verificação do funcionamento da justiça do rei, a única existente naquele tempo. O

Primeiro Livro das Ordenações Filipinas, portanto, dedica o seu Título I precisamente a esse assunto. Não é muito original, então, esta preocupação hoje tão presente em diversos setores da nossa sociedade: o controle, a administração superior da Justiça, ou a criação, a definição de formas mais abertas, mais enérgicas, mais atuantes de verificação da maneira como a Justiça é realizada.

Peço a paciência dos meus gentis ouvintes para esta breve incursão em linguagem tão antiquada, mas tão expressiva. São as primeiras palavras, o Título I do Primeiro Livro das Ordenações Filipinas:

“Do Regedor da Casa da Supplicação (o grande tribunal português).

Como a Casa da Supplicação seja o maior Tribunal de Justiça dos nossos Reinos, e em que as causas de maior importancia se vem a apurar e decidir, deve o Regedor della ter as qualidades, que para cargo de tanta confiança e autoridade, se requerem.

Pelo que se deve sempre procurar, que seja homem fidalgo, de limpo sangue (isto é, que não seja judeu), de sã consciencia, prudente, e de muita autoridade, e letrado, se fôr possível: e sobretudo tão inteiro que sem respeito de amor, odio, ou perturbação outra do animo, possa a todos guardar justiça igualmente.

E assi deve ser abastado de bens temporaes, que sua particular necessidade não seja causa de em alguma cousa perverter a inteireza e constancia com que nos deve servir.”

Veja-se: “*com que nos deve servir*”, diz o rei. Por isso dizia eu: é a justiça do rei.

“Isso mesmo deve o Regedor ser nosso natural, para que como bom e leal deseje o serviço de nossa pessoa e stado. E assi deve temperar a severidade que seu cargo pede, com paciencia e brandura (agora é para os juizes do Primeiro Grau) no ouvir as partes, que os homens de baixo stado, e pessôas miseraveis achem nelle facil e gracioso acolhimento, com que sem pejo o vejam, e lhe requeiram sua justiça, para que suas causas se não percarn ao desamparo, mas hajam bom e breve despacho.”

É o acesso à Justiça e, mais ainda, a saída da Justiça: bom e breve despacho.

Quero falar, agora, dos corregedores, pois aqui é que entra o tema do controle. Vejamos o Título VII, sempre do Primeiro Livro:

“Dos Corregedores da Corte e dos feitos crimes.

Aos Corregedores da Corte do Crime pertence o conhecimento per nova aução (eles tinham uma competência superior) de todos os malefícios commettidos no lugar, onde Nós stivermos, e de redor cinco legoas: com tal declaração, que se hum Cortezão commetter algum maleficio no lugar, onde a nossa Corte stiver, contra outro Cortezão, ou contra algum morador no mesmo lugar, e a cinco legoas de redor, ou contra algum de fôra do dito lugar, e este Cortezão for accusado por o tal crime perante o Corregedor, onde quer que a Corte stê, que elle não possa declinar seu juizo, e pedir que o remettam aos Juizes do lugar, onde o delicto for commettido.”

Eis aí o corregedor vigiando pelas competências dos juizes:

“1. E se a parte, ou Justiça o quizer acusar perante os Juizes do lugar, onde o delicto for commettido, e elle requerer que o remettam ao Corregedor da Corte, mandamos que lhe seja remettido, ora seja accusado preso, ora solto, postoque a outra parte ou não consinta. (Mesmo que a outra parte não consinta: “postoque” significa “apesar de que”, no bom português, também do nosso Machado.) Porém quando ambas as partes consentirem, que o feito se trate perante Juizes do dito lugar, conhecerão delle.”

E, assim por diante, vêm as disposições sobre o corregedor. E temos também os corregedores dos feitos civeis no Título VIII:

“Os Corregedores da Corte dos feitos civeis usarão inteiramente de todo o regimento, que temos ordenado aos Corregedores das Comarcas, em quanto não contradisser ao que se contém em este Regimento, specialmente a elles dado, não tocando em causas crimes. E farão ditos Corregedores cada hum em huma semana dous dias audiencias publicas; convem saber, á segunda-feira, e á quinta á tarde; e as não commetterão a outrem. E sendo impedidos, o farão saber ao Regedor, para prover conforme a seu Regimento.

1. Item, tomarão conhecimento geralmente no lugar, onde a Casa da Supplicação stiver, e a cinco legoas ao redor, per aução nova, de todas as causas civeis.”

Quis reportar-me a esses textos das Ordenações Filipinas, que atualizam textos das Manuelinas, que atualizavam os textos das Afonsinas, para documentar, preciso fosse, que aquelas tarefas que hoje constituem o primeiro compromisso do estado constitucional – a tarefa de administração da Justiça –, mes-

mo quando ainda o estado constitucional não traduzisse uma filosofia política, muito menos encontrasse algum exemplo de ensaio histórico, já estavam presentes quando a Justiça não passava de uma emanção do poder pessoal do príncipe. A Justiça da época era a justiça do rei, privilégio da sua pessoa, que podia delegá-la, como, por exemplo, delegou aos capitães donatários do Brasil, com alçada além da qual não poderiam exercer a justiça do rei. Das suas decisões – dos capitães –, cabia recurso para a Casa da Suplicação, em Lisboa. A própria justiça do rei preocupava-se com o modo pelo qual se exercia e com a qualidade do produto da sua função.

Nessa altura, evidentemente, não havia como cogitar de algum critério ou de alguma técnica que pudesse servir para conter o exercício do poder do rei. Ele tudo podia, e houve mesmo um que disse ser ele o próprio Estado. Escusado, portanto, procurar, nessas vetustas páginas, algo que instrumentasse limitação do poder real. Esse poder era, de fato, limitado. A monarquia – ainda há pouco recordava durante o almoço –, mesmo a monarquia dinástica e mais despótica, embora não ficasse sujeita aos limites postos pelos nascentes parlamentos da época, muito menos pelo Judiciário, que não existia, ficava limitada por aqueles que estavam mais próximos do príncipe, a começar pela rainha, por seus filhos, os príncipes, e, também, pelos demais parentes, pelos cortesãos, pelos conselheiros e ministros, com os quais o rei precisava, de alguma forma, dividir as tarefas e, assim, dividir um pouco a sua autoridade. Evidentemente, o rei poderia, sendo um político hábil, acolher o que lhe conviesse nesses aconselhamentos, repelindo tudo o mais, e, quem sabe, até punir, com severidade, os conselheiros que não reputasse convenientes. Em Roma, temos o exemplo famoso do grande jurista, o maior de todos, que foi decapitado porque deu um parecer severo, contrário ao imperador.

Das atividades que, hoje, o estado constitucional chamou a si, a Justiça é a que mais cedo se submeteu a critérios e rigores de avaliação. Por isso, em tema de controle, em tema de organização, de inspeção, de verificação de qualidade, a precedência do discurso deve caber ao Judiciário, Poder do estado constitucional que mais cedo madrugou nas suas preocupações com o modo como encarou a sua missão. Aqui, entretanto, não se trata do Poder Judiciário, mas, da justiça do rei.

Com o aparecimento dos primeiros exemplos históricos de estados constitucionais, também chamados, por uma grande parte da literatura, de estados modernos, a função jurisdicional comparece como parte integrante da principal tarefa do Estado. Esse estado moderno, **Bertrand de Jouvenel** considera configurado nos primeiros exemplos históricos que, a partir da Revolução Francesa – principalmente os Estados Unidos, correspondendo à filosofia

político-liberal predominante na época –, estabeleceram os dois grandes princípios fundamentais do estado democrático, do estado constitucional. O primeiro seria a limitação do poder do governo mediante a ereção dos três ramos do poder. O poder é uno, a soberania é una, mas o exercício do poder soberano, emanação da vontade popular, deve ser entregue a diferentes órgãos, para que a convergência de todo o poder numa só pessoa ou em poucas não venha atritar ou comprometer o segundo grande princípio do estado constitucional, a saber, a declaração, o reconhecimento, a tutela e a garantia dos direitos individuais. Hoje, a esses direitos individuais, cumpre acrescentar os direitos sociais, políticos e econômicos, todos confiados, em última instância, à tutela do Poder Judiciário. A função jurisdicional que, então, os reis exerciam passou a corresponder a uma das funções do Estado.

O estado jurídico encontrou os seus grandes defensores na filosofia liberal, com **Humboldt** e **Kant**, principalmente. O Estado tinha por missão única e exclusiva revelar a lei e garantir a paz e a segurança das pessoas. Nada deveria fazer além da sua missão estritamente jurídica. O estado que, segundo a literatura da época, quando decidia ingressar no campo da ação social, o bem que fazia, fazia mal e o mal que fazia, esse fazia bem. Esse estado encontrou uma composição, no modelo norte-americano, de um estado de direito, um estado constitucional, em que o poder soberano se exerce pelos diferentes ramos, mas que se preocupa com o bem-estar, com o *welfare state*. Aqui, a função jurisdicional comparece como o mais importante instrumento de controle dos demais Poderes. É um controle externo, no sentido de que esse controle dos Poderes Legislativo e Executivo é feito pelo Judiciário, isto é, um Poder que com eles não se confunde.

A questão que se põe é a de um controle externo para o Poder Judiciário. Assim como o Judiciário, pelo controle de constitucionalidade, difuso ou incidente, ou ambos, controla a ação do Legislativo e do Executivo, estes, agora, ou algo que não seria nem mesmo qualquer instituição a eles ligada, teriam o poder de inspecionar o Judiciário, de fixar diretrizes, ou de assisti-lo quando devesse tomar determinadas decisões, para verificar a conveniência, a oportunidade, a adequação de tais decisões. Por isso externo, porquanto não reside no próprio Poder Judiciário.

Como sabemos, vozes de ministros do Supremo Tribunal Federal já se ergueram no sentido de negar compatibilidade a um controle externo do Poder Judiciário, porque isso envolveria, inevitavelmente, a derrubada de um dos pilares do estado constitucional que conhecemos, que consiste na separação de Poderes autônomos; harmoniosos, porém autônomos. O Poder Judiciário perderia, ou comprometeria, pelo menos em parte, a sua autonomia, necessá-

ria para resguardar a independência da jurisdição, se ficasse exposto a um controle externo, ora proposto, de algum órgão do Legislativo ou do Executivo ou de fora de ambos esses Poderes; de alguma forma, um órgão vinculado à sociedade como um todo.

Ora, o Poder Judiciário já está subordinado a controles externos. O Legislativo discute e aprova ou não as suas propostas orçamentárias, bem como, mediante a colaboração do Tribunal de Contas da União, verifica como a execução orçamentária se realiza nos diferentes tribunais. Isso acontece no plano da União e dos Estados. O Poder Judiciário subordina-se, ainda, ao controle externo dos Poderes Executivo e Legislativo em tudo quanto diz respeito ao provimento dos lugares de juízes e à criação de tribunais e de novos juízos, que são instituídos por lei. Além disso, o Poder Judiciário fica sujeito à fiscalização exercida pelo Ministério Público, presente às audiências e oficiando nos autos. E, ainda mais, sujeito à fiscalização dos advogados, que são, necessariamente, figurantes na cena processual. Os juízes estão sujeitos, também, à crítica da opinião pública. **Rui Barbosa** tem palavras insuperáveis no tocante a esse particular: “Os advogados e o povo como juízes dos juízes”.

Nesse contexto, cabe, então, acrescentar o controle interno, que herdamos de Portugal na figura do corregedor e da correição. O estado constitucional no Brasil, no tocante ao Judiciário, é algo muito recente, que começa somente nos albores da República, com a edição do Decreto nº 848, do Governo Provisório de Marechal Deodoro, em 11 de outubro de 1890. Esse decreto transformou o Supremo Tribunal Federal, sendo respaldado por excelente exposição de motivos do Ministro Campos Salles. O Poder Judiciário brasileiro, tendo herdado de Portugal a doutrina da função corregedora, incorporou-a na sua estrutura funcional e na sua atividade. O controle interno do Poder Judiciário é exercido pelos conselhos dos tribunais, pelo Conselho Superior da Magistratura, pelo corregedor e, quanto aos órgãos administrativos subalternos, pelo juiz da comarca, que é o corregedor permanente dos serviços de secretaria. Esse controle tem sido considerado insuficiente, por ser inoperante, ou escassamente operante, ou por ser incompleto, no âmbito do seu exercício, ou, ainda, por não abranger a totalidade do Poder Judiciário.

Reflitamos um pouco sobre isso. A função corregedora, compatível com a harmonia e a autonomia dos Poderes, porque exercida pelos próprios tribunais de justiça; perfeitamente compatível, portanto, com o estado de direito democrático, nem sempre é operosa como deveria. Essa crítica, seguindo a proposição muito oportuna do Ministro Sepúlveda Pertence, deve ser recebida com toda a atenção por todos que integramos o Poder Judiciário. Ela corresponde, em grande parte, à verdade. A função corregedora

não é executada de modo satisfatório; seu exercício fica muito na dependência das características individuais dos corregedores. Alguns deles, por feitiço pessoal, são avessos ao exercício dessa função. Há outros que, às vezes, excedem-se e, ao exercer a corregedoria, atropelam os direitos e as garantias dos juizes; assim, ao invés de contribuírem para o melhoramento da função jurisdicional, acabam por comprometê-la, por diminuí-la, inclusive perante o conceito público, dando motivo a extravasamentos públicos de irregularidade, de insatisfação e, até mesmo, de ilícitos.

Além de se expor a essa crítica, em grande parte procedente, a função corregedora expõe-se, também, a outra, que diz respeito à sua intensidade. Assim, por exemplo, a Constituição prevê, quanto às responsabilidades funcionais do juiz, a disponibilidade, a remoção, ou a perda do cargo, esta sempre sujeita a uma sentença judicial, porque somente ela asseguraria o respeito às garantias constitucionais do juiz. Ela seria a emanção de um órgão independente, atuando de acordo com o devido processo legal. Mas a função corregedora, em relação à perda de cargo, não pode, evidentemente, contar apenas com a iniciativa dos tribunais, que é impensável, porque o tribunal não é parte. Assim, os tribunais precisam conter-se pelos seus conselhos de magistratura, por suas corregedorias, pelo próprio tribunal, na composição do número necessário para o quórum; devem limitar-se a afastar o juiz. A perda do cargo só pode ser obtida pelo pronunciamento jurisdicional do tribunal, o qual depende da aprovação do Ministério Público. E nós, que temos exercido função corregedora, sabemos que o Ministério Público ainda não se compenetrou, como seria desejável, da sua responsabilidade em compartilhar a função corregedora da Justiça no próprio âmbito do Judiciário. Eu mesmo, como corregedor, propus e o tribunal afastou os juizes. Havia espaço, no caso, para que o Ministério Público, pelo menos, propusesse a demanda judicial cível de perda do cargo. Então, essa deficiência do modelo atual de correição, portanto de controle, é inafastável. Esta crítica tem muita procedência.

Em indagação a repórteres na televisão, o povo deseja compreender como é possível um juiz, reputado incompatível com o exercício das suas funções, ser afastado da função jurisdicional e receber os vencimentos. Não há linguagem que possa explicar satisfatoriamente. Talvez, se o fizéssemos em latim, o povo entendesse, como aconteceu com o saudoso e inesquecível deputado Ulysses Guimarães, quando falou da demissão em latim: **ad nutum**. O povo não entende, e nós, juizes, daríamos prova de escassíssima sensibilidade, se quiséssemos que ele entendesse como um juiz, apesar de afastado, posto em disponibilidade por decisão da jurisdição disciplinar de que falou **Frederico Marques**, recebe os vencimentos do cargo. Em alguns casos, integralmente,

porque, a partir da Constituição de 1988, não havendo mais limitação de idade, algumas pessoas que estavam para concluir a sua carreira pública nalgum cargo do Poder Executivo vieram prestar concurso para se aposentar como juízes, tendo, já, todo o tempo necessário a preservar a totalidade dos seus vencimentos. Postos em disponibilidade, são premiados, porquanto vão para casa um ou dois anos antes, com quase tudo quanto teriam direito a receber.

É incompreensível, também, que o Poder Judiciário ainda não se tenha capacitado dessa gravíssima deficiência no modelo de correição que possuímos. Nem sempre ela é exercida, como deveria ser e, muitas vezes, é exercida de modo incompetente ou imprudente, prestando, ao invés de serviço, desserviço. Não vou exemplificar concretamente, por não querer melindrar ninguém. A imprensa, contudo, está aí, e os nossos ouvintes identificam prontamente casos chocantes de *impeachment* de juízes, de processos para afastamento com disponibilidade, que redundaram em enorme desgaste e desprestígio do Poder Judiciário. Em quantos casos o Supremo Tribunal Federal já não precisou amparar juízes que estavam sendo vítimas de corregedores algozes? Sem dúvida, o primeiro defeito é este: corregedores que se excedem, corregedores que se omitem. O segundo defeito do nosso modelo de correição consiste em que o poder correicional dos tribunais não é um poder suficiente, adequado, porque afasta o juiz, todavia este leva todas as comodidades. Ele funciona, na verdade, não como uma sanção, mas como um prêmio.

Outro defeito do controle interno chamado correição consiste em que raramente funciona, se é que alguma vez funcionou, e não me consta, senão em relação a juízes de Primeiro Grau, os quais, até por temor reverencial, costumam empenhar-se razoavelmente no bom exercício do cargo. Afinal, sobre eles existe uma corregedoria, um Conselho Superior de Magistratura, que podem, de repente, atuar de modo abusado. Em geral, os juízes são atentos a isso. E quanto aos juízes de Segundo Grau? A situação complica-se, pois a correição torna-se difícilíssima. Na verdade, o que resta, em termos práticos, é a responsabilização perante a instância superior competente, isto é, no caso de desembargadores e juízes de tribunais regionais federais, o Superior Tribunal de Justiça; em outros casos, só o Supremo Tribunal Federal.

Há uma quarta crítica que se pode fazer à correição como forma de controle interno – controle como a atividade de verificar como as coisas funcionam; de diligenciar por funcionarem bem, a fim de que o serviço prestado corresponda à sua finalidade, e os órgãos do Estado atendam, então, às necessidades do povo. A função corregedora é muito escassamente estudada, se é que é estudada. Por tudo quanto me consta, só começa a ser conhecida por

aquele desembargador, ou aquele juiz de tribunal regional que é eleito corregedor. Somente a partir daí, ele vai procurar saber o que é correição, no entanto precisa fazê-la. Para entendê-la, o juiz vai travar contato com a legislação, com os regulamentos, com os procedimentos já definidos.

Devo dizer, pedindo escusas por referências pessoais, que, quando fui eleito Corregedor-Geral da Justiça Federal, comecei organizando a Corregedoria e definindo os procedimentos. Isso explica-se, porque a Justiça Federal de Primeiro Grau somente foi restabelecida em 1967, quando era pequeno o número de juizes, talvez trinta e poucos ou quarenta em todo o Brasil, e a função de correição coube-me no biênio 85-87, portanto, vinte anos depois. Compreende-se que o Tribunal Federal de Recursos e o Conselho da Justiça Federal, até então, não se tivessem dado inteira conta da complexidade da função corregedora. Mas a verdade parece-me predominantemente esta: Quem entende de corregedoria? Aquele que, tendo sido convocado para ser corregedor, ocupou essa função por dois anos e aprendeu alguma coisa; nem sei se terá aprendido tudo a respeito de corregedoria. Isso compromete a qualidade da correição, a qual, no Brasil, somente agora começa a ser compreendida por alguns corregedores não apenas como uma função sancionadora, mas como uma função de assistência, de orientação. Uma função tão necessária, precisamente numa época em que, abrandados os requisitos para admissão dos juizes candidatos aos concursos, o jovem ou a jovem, tão logo recebem o diploma, já podem inscrever-se em concurso para juiz sem ter exercido a advocacia, muitas vezes sem terem sido funcionários da Justiça. Nessa situação estão também professores ou funcionários de outros órgãos executivos que vêm ao Judiciário para completar a aposentadoria. Não têm nenhuma experiência na função judicante, entretanto ingressam nas fileiras do Poder Judiciário.

A correição deveria ser uma função de orientação, de assistência, de encorajamento, de troca de experiências, de exercício da companhia, para que esses jovens juizes – alguns nem tão jovens; principiantes na carreira, mas maduros na idade – pudessem receber alento. Assim, a corregedoria poderia contribuir para a sua última finalidade – registrada no texto das “Ordenações” –, poderia funcionar bem, prestar serviço. Sem dúvida, a correição ainda é, no Brasil, encarada como a função do juiz carrancudo, severo, irritado, bravo, ameaçador, aquele que vem de armas em punho para cortar o pescoço do juiz. Não sendo isso, ele nada tem a fazer. Publica-se o edital na comarca: “Quem tem alguma acusação contra o juiz?” Se não veio ninguém, ele fica muito triste, aborrecido e vai embora. Essa função corregedora, evidentemente, não corresponde às suas finalidades.

À luz dessas críticas aqui resumidas e à luz de alguns fatos mais recentes, compreende-se que a questão do controle externo seja tão palpitante. Vamos a esse aspecto. Até pouco tempo, o juiz brasileiro julgava ações de despejo, cobranças e possessórias entre pessoas singulares ou pequenos grupos de pessoas; demandas concernentes, precipuamente, a direitos da ordem privada. Em cada sentença, segundo a crônica, o juiz adquiria alguns inimigos: o réu vencido, ou o autor que não obtivera êxito; o respectivo advogado e a sua esposa, se fosse casado, e se ela tivesse conhecimento do litígio, e mais algumas pessoas. Eram os inimigos que o juiz adquiria com cada sentença de mérito que proferia.

Agora, não é mais assim: o juiz suspende o exercício da funcionária filha do Presidente da República, com grande repercussão pelo País inteiro, talvez por todo o mundo ocidental. Os juízes de Primeiro Grau assumiram, na Constituição de 1988, um papel de extraordinário poder. E, em grande número, são aqueles dos quais falamos há pouco, que ainda não experimentaram os incômodos de ficar numa fila, numa sala de audiências, esperando que o juiz, presidente da audiência, possa despachar a sua petição; aquele juiz que ainda não foi, como advogado, pedir uma liminar e não a obteve, embora convencido da sua razão. Não é aquele cujo cliente foi procurá-lo desesperado por causa de uma liminar destrambelhada; não é aquele que já firmou uma noção do que seja um juiz bom. Qual o juiz que ele gostaria de imitar? Num fórum de trinta juízes, ele, como advogado, conheceria, pelo menos, vinte. Uns três ou quatro ele não teria como modelo. E, quem sabe, uns dois ou três apontar-lhe-iam um modelo de judicatura. Mas, se ele não teve tempo para isso, que feitiço vai dar à sua judicatura? É esse, hoje, o grande número de juízes de Primeira Instância, tanto na Justiça do Trabalho como na Justiça dos Estados e na Justiça Federal. É o juiz que, em nenhuma hipótese, admite receber o advogado que, às vezes, vem aflito, sem saber como entrar na Justiça, ou quer um conselho que, de modo algum, comprometeria o magistrado.

Há até um episódio, uma anedota histórica, de um velho ministro do Supremo Tribunal Federal que, na década de 30 – já morreu há muitos anos –, tomando o trem para Petrópolis num fim-de-semana, encontrou-se com um estudante de Direito que foi cumprimentá-lo. Ele ia estudar, preparar-se para os exames finais. Identificou o magistrado e perguntou-lhe: “Ministro, vou aproveitar a sua presença e fazer uma pergunta que me está angustiando muito: O que é mesmo um agravo de instrumento?” Aquele ministro, conhecido por razões pelas quais nunca deveria ter sido ministro do Supremo, disse: “Olhe, eu não vou lhe dizer o que é um agravo de instrumento, porque posso ter uma causa dessas para julgar e não posso antecipar o meu juízo...” E o aluno não pôde receber os

benefícios do saber daquele ministro. Então, aquele que não foi advogado, que não sabe como é difícil ter acesso a um juiz – não digo todos –, como pode fixar o seu próprio critério de atuação?

Hoje se divulga que Deus anda com mania de grandeza porque está pensando que é juiz de Primeira Instância – o juiz que, com uma liminar, decide assuntos da maior importância, por imperativo constitucional, mas que é, freqüentemente, um jovem ainda em período de amadurecimento intelectual. Tais são as circunstâncias em que vivemos: o juiz denega a liminar, quando deveria concedê-la ou revogá-la, se suficientemente advertido do erro, do excesso que cometeu.

No Estado de São Paulo, até algum tempo, havia um órgão que tinha uma função muito útil em relação a esse tema. Quando um juiz de Primeiro Grau concedia uma liminar em ação possessória, a parte prejudicada podia valer-se de correção parcial, que era dirigida ao Conselho Superior da Magistratura, no qual cinco desembargadores, já bastante experimentados, iriam verificar se aquela liminar merecia ou não subsistir. Freqüentemente, o Conselho revogava-a. Com isso, evitava-se o grande inconveniente de certas liminares projetarem-se no tempo, porque o mesmo juiz que a proferira, atordado com o acúmulo insuportável de processos, ainda não havia podido retomar aquele para decidi-lo pelo mérito. A liminar permanecia quando, muitas vezes, não devia permanecer.

A função corregedora é impropriamente exercida, insuficientemente eficaz; é desamparada, desassistida, mutilada, porque não abrange essa atividade de aconselhamento, de ajuda, de assistência e, até, de encorajamento aos juízes. Ela contribui para a multiplicação dos casos em que a Justiça se apresenta perante o povo como uma função pública exercida de modo insatisfatório. Insatisfatório por quê? Porque não serve bem ao destinatário da prestação jurisdicional; porque, com isso, desgasta-se perante aqueles que têm conhecimento dessa realidade, principalmente quando levada à imprensa; também porque ela se apresenta perante o povo como uma entidade estranha, que exhibe certos vícios, certos defeitos, no entanto não demonstra a sua capacidade de correção – pois essa capacidade também se exerce em segredo de Justiça. O povo, portanto, ignora que ela tenha ocorrido.

Em muitas reuniões de estudo de que tenho participado e das quais surgem sugestões de emendas constitucionais, tenho levantado esta questão muito singela: “Por que razão, afinal de contas, começou-se a falar em controle externo?” Dos meus tempos de advogado, guardei um produto muito interessante: a conversa com o cliente. O advogado ganha muito quando ouve pacientemente os seus clientes, que estão em várias profissões e atividades, dos quais recebe

informações e critérios de apreciação, sendo estes não só grandes consulentes, mas também conselheiros. O cliente é, também, conselheiro do juiz, no sentido de que tem informações, tem dados que o juiz não tem. E nós, juízes, na medida em que ficamos afastados do convívio social, por causa das imposições da nossa profissão, ignoramos que o povo apresenta essas grandes dificuldades de compreensão das funções da Justiça, do modo como ela é exercida.

Penso que, de graça, puramente de graça, não é que surgiu o tema do controle externo do Poder Judiciário. Alguma coisa deve ter levado parlamentares, advogados, jornalistas, pessoas do povo a suscitarem tal idéia. Parece que algumas razões são visíveis: numa época em que a Constituição acena para uma presença marcante do povo no espaço público, compreende-se que se exija mais de qualquer dos Poderes. Depois, o povo brasileiro tem sido sacudido, nas últimas décadas, por inúmeros desmandos de diferentes setores do poder público. Além disso, experimenta um grande sofrimento pelo insucesso de sucessivos governos na realização dos projetos com que ganharam o aplauso popular, governos que acabaram por desperdiçar esse aplauso e fracassar nos seus planos. Quando o povo é tão enaltecido pela Constituição, e tão sofrido em decorrência dos resultados da ação governamental, e tão agredido por fatos, por ocorrências gravíssimas que se têm verificado também no âmbito do Poder Legislativo, não admira que uma pessoa tipicamente do povo, como é o rei Pelé, faça pronunciamentos como os da última semana, e, antes mesmo que fosse censurado, fatos vieram que desencorajaram a censura.

Compreende-se que, assim como os Poderes Executivo e Legislativo, também o Judiciário seja alvo das indagações, das exigências populares, do desejo de ver como funciona a Justiça. Os juízes são intérpretes não somente da lei, mas dos fatos, mediante as alegações, as razões e as provas e mediante a crítica da prova. Cabe-nos, portanto, efetuar a crítica do que está acontecendo. Crítica significa julgamento. E por que passou a significar angústia e sofrimento? Porque quem está para ser julgado está sofrendo, todavia estamos falando do sofrimento da Justiça. Por que a Justiça sofre a angústia de ser julgada? Qual o problema com a crise da Justiça, com o seu julgamento? Ela deve ser julgada mesmo. E isso **Rui Barbosa** já adiantou na tribuna do Supremo Tribunal Federal, na primeira fase da história dessa Corte.

Posso resumir, assim, o meu pensamento: o controle externo do Poder Judiciário, isto é, a criação de órgão externo ao Poder Judiciário para o seu controle parece-me absolutamente inadmissível, incompatível com o modelo que adotamos, que não é o modelo continental, europeu, por exemplo, o da França, o da Espanha e o da Itália. E há pronunciamentos já adiantados de ministros do Supremo Tribunal Federal repudiando o controle externo do

Poder Judiciário, porquanto compromete, inevitavelmente, a independência e a harmonia dos Poderes. Por que o controle externo compromete a autonomia do Poder Judiciário, se não compromete a do Executivo e a do Legislativo? Por duas razões demonstra-se a diferença: primeiro, porque o juiz não é investido da magistratura para fazer aquilo que ele quer ou prefere fazer, ou aquilo que ele se propõe fazer. O juiz é investido da judicatura debaixo do compromisso de decidir as causas de acordo com a lei. Então ele já está subordinado à lei. Por isso as Constituições modernas, mesmo as dos países continentais europeus, insistem nisso: o juiz está sujeito à lei; ele não está solto.

O Legislativo, entretanto, está solto por vocação. Ele faz hoje uma lei, amanhã faz outra em outro sentido, e está tudo bem. Hoje, pela manhã, faz uma lei sobre o inquilinato. À tarde, fará outra e, se a sessão prosseguir, fará outra à noite. E ambas poderão conflitar com a primeira, contudo ninguém pode reclamar. Compreende-se que esse Poder precisa de um controle externo. É o controle popular, que se vai exercer nas eleições. E há um controle que existe lá dentro, que é o do decoro perante as instâncias julgadoras do próprio Legislativo. E ele sofre a censura da imprensa. Por quê? Porque ele está ali para exprimir os anseios populares. Pode exprimir bem; pode exprimir mal; pode não exprimir. Por essa razão, é investido por pouco tempo. Nos Estados Unidos, dois anos; por que mais? No Brasil, são numerosos os profissionais do Parlamento. Há parlamentares que estão lá há quarenta, cinquenta anos. Pergunta-se: isso não compromete a autenticidade, a veracidade da representação popular? Ele passou pelo banho das urnas. Mas nós, que somos juízes eleitorais – eu, que fui corregedor eleitoral –, deixamo-nos levar por esses argumentos? Não sabemos que a legitimidade e autenticidade do processo eleitoral brasileiro é ainda um sonho? Ou estamos dormindo? Qual é a autenticidade do processo político-eleitoral brasileiro? Ou falamos essas coisas, ou vamos passar por inocentes... por pessoas irrelevantes que não conhecem o seu ofício. Desse modo, o controle externo do Congresso, claro, esse tem lugar. Esse é necessário. Pena que é mal exercido também. Compreende-se que haja esse poder de controle externo ao lado do interno, pela natureza, pela vocação do Poder Legislativo.

Tal análise aplica-se, de igual modo, ao Poder Executivo. Por isso mesmo é que o Brasil, na República, tem sido contrário à reelegibilidade do presidente, e do governador, e do prefeito. Por quê? Porque a consciência brasileira diz que quem está no poder manipula ou pode manipular ou influir, deturpar, comprometer a autenticidade, a veracidade do processo eleitoral. Compreende-se, então, que haja um controle externo. E o controle externo é o Legislativo, por meio do *impeachment*. É o Supremo Tribunal Federal, nos crimes de res-

ponsabilidade, e há a opinião pública. No Brasil, segundo um velho amigo meu, ela não existe; o que existe é a opinião “publicada”, o que é algo muito diferente. Opinião pública, realmente, depende de um povo que tenha atingido um razoável grau de homogeneidade cultural, de identidade social e política. Não é o caso do povo brasileiro, tão duramente sacudido e sofrido pelas distâncias sociais, incapaz de exibir um mínimo de identidade a ponto de basear uma opinião pública visível e compreensível, que possamos identificar e interpretar. Compreende-se que o Poder Executivo, necessariamente, deva estar sujeito a um controle externo a ele, também na sua atividade-fim, pelo controle de constitucionalidade dos seus atos administrativos ou legislativos.

Não pode ser assim, porém, o Poder Judiciário, pois os juízes e tribunais não se elegem, não se formam para realizar projetos, para realizar programas, de modo tal que se tornassem devedores dessas ou daquelas providências e estivessem sujeitos a uma crítica externa quanto ao modo como procederam para responder fielmente ou não ao compromisso assumido. O juiz tem um compromisso com a lei, que muda bastante – muito mais, aliás, do que deveria mudar – durante o exercício da judicatura. O controle externo do Poder Judiciário, sem dúvida, é incompatível com a sua vocação, que é, precisamente, a independência, isto é, a incolumidade a qualquer influência que possa vir de outros núcleos de poder. Por que deve ser assim? Para conforto, gáudio e comodidade dos juízes? Para fazerem eles o que querem? Não. Simplesmente, para que seja preservada a sua liberdade, para que ela se traduza em independência na interpretação e na aplicação da lei.

Se o controle externo, de um órgão fora do Poder Judiciário, é inadmissível, porque incompatível com o sistema da República Federativa, do estado constitucional de direito e democrático, é preciso que os tribunais e o Poder Judiciário como um todo passem a refletir, ou intensifiquem a sua reflexão sobre o que significa o controle interno – se assim quisermos chamar à correição – um instituto que, primeiramente, seja exercido normal, constante e eficazmente, na extensão e na intensidade; que possa incidir sobre juízes de Primeiro Grau e das outras instâncias e encontrar resposta na perda do cargo, quando isso for necessário e que não se detenha no meio do caminho. Um instituto cujo exercício se faça notório perante o público, para que este saiba que, embora haja juízes maus, que não trabalham, não exercem devidamente as suas funções, abusam do seu poder, há um poder de controle dentro do próprio Judiciário, que respeita as garantias constitucionais dos juízes e a expectativa popular de uma Justiça isenta, confiável, eficiente e livre. Uma Justiça independente de injunções.

Dir-se-á, todavia, que o controle externo refere-se, apenas, a aspectos

administrativos gerais. Aqui há um equívoco lamentável e inaceitável. Não é possível cindir a função administrativa do Judiciário, separá-la da jurisdicional, como se a primeira fosse menos importante que a última. E isso porque o modo como é efetuada a administração nos tribunais determina, em grande medida, o modo como é exercida a função-fim. Se a função-meio, administrativa, não for bem exercida, em algum momento, de alguma maneira, afetará a função-fim. Se a função administrativa inventar comarcas em lugares que não merecem ser a sede de juízes, perturbará a função-fim. Se a função administrativa recusar-se a reclamar perante o Legislativo os recursos orçamentários de que o Judiciário precisa, sacrificará a função-fim. Se os concursos feitos para admitir os juízes não são realizados como o devem, também será afetada a função-fim.

Temos notícia de que há muitas dificuldades em diversos tribunais, quando se trata de prover concurso, porque a presença assegurada à Ordem dos Advogados pela Constituição tem sido interpretada por algumas secções como a sua necessária influência até na redação do edital e na abertura ou não do concurso. Por aí se vê como um órgão externo, exercendo a administração, pode perturbar, comprometer, mais ou menos gravemente, a função-fim.

Não é por outra razão que, como disse **Frederico Marques**, a separação das funções do Estado pelos Poderes do Estado é uma divisão que deixa restos, nunca se faz a ponto de zerar o dividendo. Em nenhum modelo de estado constitucional, as casas do Legislativo deixam de ter autonomia administrativa. Elas decidem sobre os recursos de que precisam; admitem funcionários; exercem a sua disciplina; adquirem bens mediante licitação; exercem a administração. Porque, se assim não for, o Presidente da República poderá apagar a luz e fechar o Congresso. É preciso que o órgão do Poder Público, para preservar a sua autonomia e independência no exercício da função-fim, esteja investido de funções-meio, tanto nos tribunais como no Poder Executivo.

De modo que a escusa de que órgãos externos ao Judiciário possam exercer a sua supervisão administrativa, somente administrativa, a ser decidida por quem não o integra, e de que isso não interfere na independência dos juízes e não compromete a autonomia do Judiciário perante os outros Poderes é uma inverdade. Não é assim. Nós, que somos juízes, sabemos. A boa administração de um tribunal é muito importante para que os juízes exerçam bem a sua função; a má administração de um tribunal, ao contrário, compromete séria e gravemente a função-fim. Em suma, é importante que a Justiça seja bem administrada para que seja bem exercida. Por outro lado, se o órgão externo fosse realmente vocacionado, nas cogitações mais recentes, apenas para funções-meio e não interferissem, jamais, na função-fim, por que o controle ex-

terno é levantado como bandeira quando se quer que um pronunciamento da Justiça moleste este ou aquele segmento dos outros Poderes? Evidencia-se, aí, que a proposta de controle externo, a propósito de administração, não é inteiramente verdadeira, pois se sabe que a função administrativa pode ser, e certamente será, em grande medida, interferente e comprometedora da função-fim.

Essa proposta é, a meu ver, leviana, fruto da falta de conhecimento sobre o Estado e do inconformismo com os novos poderes da magistratura brasileira, de história tão recente. Entretanto, ministros do Supremo Tribunal Federal, juristas, publicistas, associações de juízes têm levantado o tema em debates públicos, para repudiar tudo quanto possa comprometer a independência dos juízes. Fazem-no, visando não ao interesse de classe, mas visando testemunhar, perante a Nação brasileira, que os juízes estão atentos a essas proposições e estão cumprindo o seu dever de congregar a magistratura e de alertar a opinião “publicada” para as ameaças e riscos que elas representam. Por outro lado, é preciso que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados disponham-se a abrir os olhos para os aspectos críticos, deficiências e falhas. Não vou a ponto de fazer um *confiteor* tão comovente como o que tenho ouvido do Ministro Sepúlveda Pertence.

Ainda penso que os defeitos da magistratura brasileira são relativamente pequenos, o que se compreende. Os juízes são, na maioria das vezes, concursados publicamente. Os que estão nas pequenas cidades são vigiados pela população, pelo padre, pelo *Lions Club*, *Rotary Club*, pelo diretor da escola, pelo delegado de polícia; toda essa gente fiscaliza o juiz – e a mulher também, se ele for casado. Ele está sujeito a essas formas de controle.

Da Câmara dos Deputados, no Brasil, freqüentemente se diz que é o reflexo da sociedade. Já a magistratura é o reflexo de um segmento da sociedade, daquele que teve o privilégio de ir à escola, de cursar a universidade, de se preparar para um concurso. De modo que há um mínimo de homogeneidade cultural, de aptidão profissional, de identidade social no grupo da magistratura. Compreende-se, portanto, que o desempenho funcional da magistratura situe-se num nível bem mais alto de compatibilidade com as exigências maiores de valores morais da sociedade.

Precisamos, entretanto, reconhecer que há problemas aí. Há problemas no relacionamento dos juízes com os advogados, com a imprensa, com os setores da sociedade. Há problemas no modo como os juízes exercem o seu poder de correição permanente dos serviços auxiliares. Há juízes que dizem: “Se pegar fogo no cartório, não tenho nada a ver com isso.” Conseqüentemente, não visitam o cartório; não orientam profissionalmente os seus funcionários;

não os educam. É verdade que, muitas vezes, isso acontece porque o juiz não dá conta dos processos; porque o próprio Poder Executivo entope a Justiça de processos. Mas o fato é que os tribunais precisam voltar os olhos para tal realidade e reconhecer que a inspeção, o controle de qualidade, assim chamado pelo Ministro Velloso, a correição dos reis de Portugal, precisa ser ressuscitada. Ela está, na verdade, quase morta, moribunda, não só na intensidade, na profundidade, na dinâmica e na extensão, como também na sua intenção.

Devemos pensar, ainda, que algum órgão que se venha a criar, no processo de emendas de atualização da Constituição, integrado no Poder Judiciário, deve merecer a nossa mais detida reflexão. Mais recentemente, parece que amplos setores do Poder Legislativo cogitam de um Conselho Superior da Magistratura, ou Conselho de Justiça, um órgão nacional pertencente a um dos órgãos do Poder Judiciário, no qual poderia constar um advogado e um representante do Ministério Público. Argumenta-se que advogados e membros do Ministério Público já integram os tribunais pelo “quinto”; argumenta-se, também, que a presença desse quantitativo jamais influiria decisivamente na vida administrativa dos tribunais, no entanto contribuiria para o enriquecimento do debate e para assegurar a objetividade das decisões administrativas, porquanto os tribunais saberiam que as suas decisões não ficariam restritas ao seu ambiente – estariam ao alcance imediato da crítica dos advogados e do Ministério Público. Há uma tendência perceptível, hoje, no Congresso para admitir esse modelo, que, parece, não seria incompatível com a autonomia do Judiciário.

O modelo proposto apresenta uma grande dificuldade. O advogado que fosse integrar o Conselho de Justiça continuaria advogando? Seria possível, compatível com as suscetibilidades legítimas da Ordem dos Advogados que um advogado tanto se distinguisse dos outros que fosse integrar um conselho previsto na Constituição, no próprio Poder Judiciário e continuasse à frente da sua banca? Como ficaria a concorrência profissional? Quem é que deixaria de procurar tal escritório? Isso me faz lembrar, na minha infância, um evangelista protestante que disse serem vãos os esforços de converter os católicos a Lutero ou Calvino; que devíamos converter o Papa, pois, seria mais econômico. Por que não entregar a causa ao advogado que estivesse no conselho? E a Ordem dos Advogados aceitaria isso? Se ele vai integrar o conselho, não vai exercer a advocacia. Fica incompatível. E vai ganhar o quê? Vejam que existem problemas, mesmo no tocante a esse modelo adotado, suavizado de intervenção.

Agora, concluo, afirmando que, com ou sem esse órgão nacional, a magistratura brasileira superará ou não as suas deficiências, se ela tiver corregedorias, e se estas forem atuantes a ponto de o poder correicional levar à perda do

cargo. Projeto de emenda constitucional será encaminhado ao Congresso, a partir do nosso Tribunal, propondo que, por sentença do tribunal, no término de uma correição, o juiz possa perder o cargo, e não somente ser posto em disponibilidade. Qual seria o defeito dessa decisão, emanada de um tribunal de juizes garantidos constitucionalmente, por maioria qualificada? Obedecido estaria o devido processo legal. Seria o órgão que, portanto, poderia afastar do exercício e, também, decretar a perda do cargo, conforme fosse a falta cometida pelo juiz – faltas diferentes daquelas que já são do nosso conhecimento: a ineficiência comprovada e reiterada, a falta de decoro público.

O mais importante é que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, da União e dos Estados, façam por compreender, por atualizar e aperfeiçoar a sua missão corregedora. Que nos lembremos de que O Livro I das Ordenações Filipinas começa cuidando do Judiciário (hoje assim o chamamos; naquele tempo era a justiça do rei) e de como regular a qualidade do seu exercício. Esse órgão não seria externo, mesmo porque a Constituição não permite. Com esse outro órgão, ou sem ele, a Justiça brasileira pode tomar consciência dos seus defeitos e capacitar-se para superá-los. Parece-me que o instrumento experimentado, conhecido daqueles que se especializam, que precisa ser mais conhecido, pode ser suficiente para proporcionar aos tribunais, ao Poder Judiciário aquele mínimo de autoconfiança de que ele carece e, ao povo brasileiro, o exemplo da seriedade do nosso compromisso com a Nação.

O Poder Judiciário e a República

José Cândido de Carvalho Filho

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

Dentre os diferentes aspectos reveladores do nosso Direito no regime republicano, eleva-se o Judiciário, a merecer uma análise mais profunda ao longo de sua vida centenária. É que tradicionalmente situado entre os poderes do Estado, a resolver conflitos e garantir as liberdades individuais, não foi fácil manter-se independente.

Ao longo desse período, a democracia sofreu inúmeros golpes. O Executivo várias vezes transvazou do seu leito, exerceu pressões, e feriu o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Fazer a história do Judiciário, a partir da República, é comentar as suas diversas Constituições, as suas múltiplas emendas, muitas revelando o gigantismo do Poder Executivo.

Vazada no modelo norte-americano, à época a melhor expressão do federalismo, a Constituição de 1891 elegeu o Judiciário como guardião de sua soberania. Entre os avanços e recuos da democracia, tem-se esse poder, ao longo do seu primeiro século, como expressão das garantias constitucionais e abrigo permanente de todos quanto se fizeram vítimas da prepotência do Estado.

Com o primeiro Estatuto republicano, adotado o sistema dualista, as Justiças da União e dos estados conviveram em harmonia, à luz de uma jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal.

No curso das nossas observações, veremos as múltiplas tendências das demais Constituições, o tratamento que cada uma dispensou ao Judiciário muitas vezes em desigualdade, e, em razão de sua estrutura, o mais fraco entre os poderes. É oportuno recuar à Constituição imperial, para lembrar o que disse o Desembargador **Joaquim Rodrigues de Souza**: "...o Poder Executivo dispõe da força, dos dinheiros públicos, dá empregos e dignidades, distribui graças; o Poder Judicial não tem a dar senão a cada um aquilo que é seu, e sempre desafeto a uma das partes que intervém, só conta com a benevolência que lhe resulta da retidão de suas decisões" (*Análise e Comentário da Constituição Política do Império do Brasil, São Luís, Maranhão, 1870, p. 363*).

Apesar de todas as dificuldades vividas pelo Judiciário, em decorrência das crises políticas que têm desequilibrado os poderes da República, a verdade é que ultimamos esse primeiro século em plena fase de crescimento e prestígio da Justiça brasileira. Esse fato, por si só, vale a homenagem que se lhe presta, nesta oportunidade.

A primeira Constituição Republicana. Emendas de 1925-1926. Aspectos informativos

É o dualismo o traço característico do Judiciário na República. Diferentemente do que ocorria no Império, surgiu uma justiça federal e outra estadual, à semelhança dos países que inspiraram a nossa formação política.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 era explícita: o poder judicante tinha um órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, secundado pelos juizes federais “distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar”. Ao seu lado, os tribunais de apelação e juizes dos estados. Era a disposição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal e que foi mantido pela Constituição. Advirta-se, de logo, que o novo sistema não se limitou à estrutura orgânica do Poder Judiciário. De órgão desprestigiado no Império, a Carta Maior admitiu reformular o método de aplicação do Direito, ampliou a capacidade de decisão da Suprema Corte, e permitiu o exame mais profundo das causas que lhe eram submetidas. Passava o Pretório excelso a cuidar dos direitos individuais e das demais ofensas às normas constitucionais. De uma justiça unitária, sem expressão política, surgia um poder de larga capacidade revisora, agora com atribuições definidas expressamente, no que superava os modelos norte-americano e argentino. Também, como marca de indiscutível prestígio, objetivando evitar a pressão futura dos demais poderes, a Constituição definiu o número de juizes do Supremo, conquista considerada excepcional para a época. A livre interpretação das leis e a atribuição de declarar a sua inconstitucionalidade evidenciavam a extrema competência da Corte. O preâmbulo do Decreto nº 848, de 1890, marcava com firmeza os propósitos do novo sistema:

“De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos dos cidadãos.”

A implantação de uma justiça dual, contra a unidade que prevaleceu no Império, não foi pacífica, e por muitos anos ainda despertou controvérsias. Demonstraram a sua inconveniência, juristas do mérito de **João Mendes Júnior, Amaro Cavalcanti, José Higino, Anfilóbio de Carvalho e Alberto Torres**. O dualismo teve um defensor intransigente na pessoa do notável jurista **Pedro Lessa**. Observe-se que o novo sistema repousava na própria organização política do País ditada pelo federalismo. Era o que acontecia nos Estados Unidos, na Suíça, no México, na Colômbia, na Venezuela e na Argentina. Implicava na mudança do “estado unitário do Brasil em estados particulares, dando às antigas províncias esse novo caráter (art. 2º), incumbindo-os de seu próprio governo e administração peculiares (arts. 5º, 6º, 63 e 65, § 2º)...” (**João Barbalho**, Constituição Federal Brasileira – Comentários, Litho-Typografia, 1902, p. 8).

A justiça da União teve uma composição bem definida. O Supremo era a **prima sedes** judiciária. A ele competia dirimir os conflitos e uniformizar a jurisprudência. Era órgão de instância final, apreciando feitos em competência originária; em recurso ordinário, com relação aos julgados da justiça federal, e em recurso extraordinário, ao acolher decisões das justiças dos estados (arts. 61, e nºs 1 e 2), que se organizaram na forma do que dispôs o art. 65, § 2º, da Carta Magna. A independência entre as duas justiças foi preservada por expressa disposição constitucional. Aos Estados foi assegurado o direito de legislar sobre matéria processual. A competência legislativa da União ficou restrita às leis processuais que vinculavam a Justiça Federal. O dualismo se afirmava na separação das justiças, na diversidade da lei processual e na organização judiciária. Cada estado teve o seu código de processo. A Justiça Federal seguia a legislação processual do Império (Regulamento nº 737, de 25.11.1850). O direito substantivo ficou a cargo da União. À época, já estavam em vigor os Códigos Criminal de 1830 e Comercial de 1850. Na falta do Código Civil, adotavam-se as disposições da Lei de 20 de outubro de 1823, a das Ordenações; regulamentos e leis promulgadas até 1916.

Os constituintes de 1891 não incluíram a Justiça Militar na estrutura do Poder Judiciário. Nem o fizeram os reformistas de 1925-1926. O Supremo Tribunal Militar, como era chamado, integrou o Título IV – “Dos Cidadãos Brasileiros” – e constituiu-se em foro especial para julgamento dos militares de terra e mar pela prática de delitos militares (art. 77).

O Estatuto de 1891 recebeu profundo golpe contra o Poder Judiciário através das Emendas de 1925-1926. Era a insólita intervenção do Executivo, insatisfeito pela natural limitação das suas atribuições. Considerada, por muitos, como inconstitucional essa reforma, já pelos vícios orgânicos da sua for-

mação, acabou prevalecendo por voto da maioria, em célebre decisão do Supremo Tribunal Federal. Aqui não há espaço para o seu exame. Contudo, vale deixar acentuado que ela feriu profundamente as liberdades individuais, ao restringir a proteção do **habeas corpus**. Avançou ainda mais com o excessivo poder concedido ao Executivo, de modo expresso: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça Federal, ou local, contra a intervenção nos estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo” (art. 60, § 5º).

A Revolução de 1930. Regime de Exceção. A Carta de 1934

A Revolução de 1930 viria provocar a reforma integral da Constituição de 1891. Pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, foi instituído o Governo Provisório dos Estados do Brasil. Era um golpe nas instituições democráticas. O Poder Judiciário continuou “a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei, e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já” (art. 3º). Estas ficaram logo definidas com a suspensão das garantias constitucionais e com o exame, pela Justiça, dos decretos e dos atos do Governo Provisório e dos Interventores Federais. O **habeas corpus** não foi admitido para os crimes funcionais e os da competência dos tribunais especiais (arts. 5º e 6º).

Nova Constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934. A dualidade do sistema anterior foi mantida, após longo debate sobre a sua conveniência. O Poder Judiciário ficou integrado pelos seguintes órgãos: a Corte Suprema (com onze ministros); os juízes e Tribunais Federais; os juízes e Tribunais Militares e os juízes e Tribunais Eleitorais. A instituição do Júri foi confirmada.

Pela primeira vez, o Estatuto Político arrolava as garantias reconhecidas aos juízes: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. A Carta anterior tratava somente de duas. A inamovibilidade o Supremo reconheceu decorrer da vitaliciedade. A grande conquista na área dos direitos e garantias individuais estava no mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade. O **habeas corpus** ganhou amplitude. Essa Constituição, lembra **Seabra Fagundes**: “cercou de garantias as justiças locais, num esforço para subtraí-las à influência dos governos e da política partidária” (A Organização

e o Funcionamento do Poder Judiciário – Rev. Forense, vol. 155, p. 9). À União foi atribuída competência para legislar sobre direito processual.

Esse Estatuto foi considerado um excelente repositório da liberdade política. Tal como ocorreu na vigência da Constituição de 1891, o Congresso não criou os Tribunais Federais, também previstos no seu texto.

Em consequência dos atos subversivos que marcaram o mês de novembro de 1935, três emendas foram aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro, possibilitando a suspensão de algumas garantias constitucionais, perda de patente de posto militar e demissão de funcionários. A Emenda nº 1 possibilitou a criação do Tribunal de Segurança Nacional, através da Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936: “Fica instituído, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional, que funcionará no Distrito Federal, sempre que for decretado o estado de guerra e até que ultime o processo dos crimes de sua competência”. Esse Tribunal, com a Constituição de 1937, passou a ter jurisdição especial. Transformou-se numa justiça de defesa do Estado. Era uma Corte de Exceção, que mereceu repúdio do mundo jurídico nacional, na ditadura Vargas.

A Constituição de 1934 teve vigência rápida. Com pouco mais de três anos, foi revogada.

Estatuto de 1937. O Estado Novo

Não merece aplausos a Carta do Estado Novo. Para garantir a ditadura, violentou as garantias individuais e vilipendiou o Poder Judiciário. O art. 186, nas suas “Disposições Transitórias”, declarou em todo o País o estado de emergência. As garantias constitucionais ficaram suspensas. O estado de guerra foi permanente. Excluiu do elenco do poder Judiciário a Justiça Eleitoral e os Juizes Federais. Foi adotado o sistema unitário da Justiça de primeiro grau com base nos estados. Com a unificação do direito processual, estava eliminado o primitivo dualismo. As causas de interesse da União passaram a ser julgadas pelos Juizes da Vara da Fazenda Pública Federal dos Estados, com recursos para o Supremo Tribunal Federal. A declaração da inconstitucionalidade das leis sofreu restrições. Desapareceu o mandado de segurança como garantia constitucional. Foi ele definido na lei processual civil de 1939. Lei editada poucos dias após o decreto constitucional, deixava a salvo os atos do Presidente, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. A pena de morte foi admitida para os crimes definidos no seu art. 122, nº 13. A Emenda Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938, aumentou o quadro de sua aplicação.

Ruy Cardoso de Melo tem uma opinião que vale ser considerada. En-

tende que esse Estatuto “não chegou a vigorar, já que o art. 187 determinava fosse submetida a um plebiscito”. Fato que jamais ocorreu (**Justitia**, 3^o Trivr. 1976, v. 94).

A Constituição de 1937 sofreu o seu primeiro impacto, no instante em que o Governo foi compelido a assinar a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, admitindo as eleições gerais que deveriam ser oportunamente fixadas. Já afastado o Ditador, era assinada pelo Presidente José Linhares, a Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, estabelecendo que os representantes eleitos em 2 de dezembro de 1945, reunir-se-iam “em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil”. De uma patriótica dedicação dos representantes do povo, surgia uma nova Constituição republicana.

Restauração da democracia. Diploma de 1946

Com a promulgação da Carta de 1946, o povo readquiriu a sua liberdade plena. O Poder Judiciário foi redimido. Voltava-se à tradição constitucional. É oportuno retomar ao tema da natural fraqueza do Poder Judiciário, quando a democracia é atingida. O mal vem do Império. O poder moderador interferia permanentemente nos afazeres do Judiciário, enfraquecendo-o.

Lembra **Seabra Fagundes** que, no Império, o Judiciário “era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias de direito privado, de modo que os atos da administração pública escapavam, por inteiro, ao seu controle” (ob. cit., p. 7). Na República, **Rui Barbosa**, aludindo a **Hamilton** (*The Federalist*) afirmava que “o Judiciário é o mais fraco dos três ramos do poder”... “o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada e a bolsa pública”... “dependendo, até afinal, do Governo para a execução das próprias sentenças” (Comentários à Constituição Federal Brasileira – Coligidos e ordenados por **Homero Pires**, Ed. Liv. Acadêmica, São Paulo, 1933, p. 30). Tem sido essa situação uma constante, daí a luta cada vez maior para que o Judiciário adquira, realmente, independência entre os demais poderes.

O art. 94 da Constituição de 1946 enumerou os órgãos do Poder Judiciário. A novidade foi a criação do Tribunal Federal de Recursos. A Justiça Eleitoral foi reintegrada ao Sistema Constitucional. A Justiça do Trabalho que, através do Decreto-Lei nº 1.237, de 1939, ganhava estrutura como organismo judiciário, passou a integrar esse poder.

Os juizes voltaram a desfrutar de todas as garantias constitucionais. A aposentadoria compulsória foi fixada aos 70 anos, com vencimentos integrais. Foi assegurada autonomia aos estados para organização de sua justiça. Outra salu-

tar inovação foi a possibilidade de criação de Tribunais de Alçada inferior à dos Tribunais de Justiça (art. 124, II). Nessa lei ainda mereceu destaque: a ampliação da competência do Supremo, fazendo-o, inclusive, árbitro da intervenção federal nos estados, quando da salvaguarda dos princípios contidos nos arts. 7º, VII, e 8º, parágrafo único; o controle exclusivo da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário; a impossibilidade da lei ordinária excluir, da apreciação do Judiciário, qualquer lesão de direito individual; a volta do mandado de segurança como garantia absoluta.

Essa Constituição conservou o princípio da justiça unitária, adotado em 1937. À época de sua promulgação, já estavam em vigor os Códigos de Processo Civil e Penal. Mantida a Justiça Comum dos Estados, em primeira instância, uniformizada a lei processual, estava derrotada a concepção dualista inaugurada com a República.

Criado para desafogar a Suprema Corte, passou o Tribunal Federal de Recursos, instalado em 1947, a julgar, em segunda instância as causas de interesse da União decididas pelos juizes da Justiça Comum dos Estados (Varas da Fazenda Pública Federal).

Esse Estatuto Político foi considerado excepcional protetor dos direitos e das garantias individuais. Foi elogiável instrumento de organização política do Estado, e um citado exemplo de Constituição democrática. Até 1964, recebeu seis emendas, sendo as mais importantes, as de números 4 e 6, instituindo o sistema parlamentar de governo (02.09.61) e restabelecendo o sistema presidencial (23.01.63), respectivamente.

Movimento de 1964. Os Atos Institucionais. O Estatuto de 1967. Emenda Constitucional de 1969. Restrições ao Poder Judiciário

Vitorioso o Movimento de 1964, foi expedido o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril do mesmo ano, “mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas emendas, com as modificações constantes deste ato” (art. 1º). O Poder Judiciário foi diretamente atingido com a suspensão, por seis meses, das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, alterou substancialmente a estrutura do Judiciário fazendo-o retornar à dualidade, reconhecida pelas Constituições de 1891 e 1934; embora com um sistema misto, desde que a unidade da legislação processual já estava consumada. A Justiça Federal de primeira instância foi restabelecida com poderes definidos expressamente. Agora era possível repetir-se a frase de Campos Sales: “Não há governo federal

sem Poder Judiciário independente das justiças dos estados, para manter os direitos da União, guardar a Constituição e as leis federais”.

O Supremo Tribunal Federal teve o número de seus juizes aumentado para dezesseis. À Justiça Militar foi cometido o julgamento dos crimes descritos na Lei nº 1.802, de 1963, envolvendo o Estado e a ordem política social. Esse foro especial foi estendido aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. Deu-se competência originária ao Superior Tribunal Militar para processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários nos crimes definidos na Lei nº 1.802/63. Não se deve esquecer que o Ato Institucional nº 2 suspendeu “as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo” (art. 14). Foram mantidas a Constituição de 1946 e as dos estados com as modificações expressas. Algumas pequenas alterações foram introduzidas no Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.

Reconhecendo que a Constituição de 1946, embora profundamente emendada, não atendia mais às exigências nacionais, o Presidente Castelo Branco convocou o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição por ele apresentado.

Não foi uma Assembléia Constituinte livremente escolhida pelo povo, mas o retorno do Congresso às suas atividades legislativas. Declarava o Preâmbulo do Ato Constitucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, editado para essa convocação, que havendo o Congresso Nacional elaborado a legislação ordinária da revolução, deveria também caber-lhe a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964.

A primeira observação a ser feita ao texto da Constituição de 1967 é a de que ela incorporou o sistema da Justiça dual, restabelecido pelo Ato Constitucional nº 2. Ampliando a organização do Poder Judiciário, passou a falar dos Tribunais Federais. O seu art. 116, § 1º, chegou a citar as sedes de dois Tribunais Federais de Recursos: Pernambuco e São Paulo.

Essa Carta ampliou razoavelmente a competência do Supremo. Resguardando as restrições expressas, foram asseguradas aos juizes as garantias constitucionais de praxe. A Justiça Eleitoral e a do Trabalho foram mantidas sem alterações de monta.

Novo golpe sofreu o sistema político, com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. A suspensão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos, pelo Presidente da República, atingia, de modo frontal, a independência da magistratura. Além disso, ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais asseguradas aos juizes. Era a volta ao passado. O Ato Institucional nº 6,

de 1º de fevereiro de 1969, alterou a competência do Supremo e reduziu o número de seus juizes, para onze. O seu art. 14 deu um profundo golpe na autonomia do Poder Judiciário, ao proclamar que ficariam excluídos “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares”. Dispuseram, de igual modo, os Atos Institucionais nºs 7, 12, 13, 14, 15, 16 e 17. O de número onze extinguiu a Justiça de Paz eletiva.

O Estatuto de 1967 sofreu várias alterações através da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Também com a Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977. Esta última autorizou a criação do contencioso administrativo, através de lei que jamais foi editada. Entre os órgãos do Poder Judiciário, foi incluído o Conselho Nacional da Magistratura que recebeu severas críticas do mundo jurídico brasileiro. O Tribunal Federal de Recursos foi ampliado para vinte e sete ministros. Outras importantes alterações foram feitas no Poder Judiciário. O Conselho Nacional da Magistratura foi estruturado pela Lei Complementar nº 35 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que estabeleceu “normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou delas decorrentes”. Algumas alterações foram feitas na competência do Supremo Tribunal, alusivas aos conflitos de jurisdições, **habeas corpus**, mandados de segurança, representação do Procurador-Geral da República. Dois institutos foram acrescidos à competência da Corte Maior: o da advocatária, com a suspensão dos efeitos de decisão proferida, “e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”; e do “pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”. O art. 181, da Emenda Constitucional nº 1, das “Disposições Gerais Transitórias” excluiu de “apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, bem assim, outros atos e resoluções expressamente referidos no seu texto. Não merece elogios essa legislação revolucionária, pela ofensa à autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário.

A Constituição vigente. Restabelecimento das garantias individuais. Reforma do Poder Judiciário

Fruto de uma intensa atividade parlamentar, a Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, promoveu profunda reforma no Poder Judiciário. Os direitos e garantias fundamentais foram ampliados e passaram a oferecer a segurança, que há muito o Estado estava a dever à sociedade.

Não é possível, em um trabalho de espaço delimitado, comentar os bene-

fícios que foram extraídos da Constituinte pelo reclamo do povo, vítima da insegurança dos últimos tempos. Devemos, entretanto, assinalar: que o juiz ganhou independência; que ao lado dos institutos tradicionais do **habeas corpus**, do mandado de segurança e da ação popular, surgiram o mandado de injunção, o **habeas data** e o mandado de segurança coletivo; que o Judiciário adquiriu autonomia administrativa e financeira; que foram definidos os princípios para a elaboração do Estatuto da Magistratura; que reapareceu o juiz federal substituto; que assegurou a criação de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo; que admitiu a Justiça da Paz, remunerada, composta através do voto e de competência definida; obrigou a motivação nas decisões judiciais; assegurou a promoção de juiz posto em lista de promoção por três vezes consecutivas ou cinco alternadas; proibiu o ingresso aos tribunais federais de pessoa com mais de sessenta e cinco anos de idade, exceto o Superior Tribunal Militar. Ainda é possível acrescentar: que a competência do Supremo foi simplificada em virtude da criação do Superior Tribunal de Justiça; que desapareceram a competência advocatória e o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República; que a proposta de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal deixou de ser exclusiva do Procurador-Geral da República.

A guarda à Constituição passou à competência precípua do Supremo Tribunal Federal. O recurso extraordinário ficou reduzido e várias de suas antigas hipóteses passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça através do recurso especial. Essa nova Corte, de caráter nacional, foi criada para desafogar o Supremo. É interessante observar que, no curso da história do Poder Judiciário na República, várias providências foram tomadas para evitar a sobrecarga do Pretório excelso. Desde “as questões excedentes da alçada legal”, do art. 59, da Constituição de 1891 (Emendas de 1925-1926) até a natureza da causa, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal do art. 119, § 1º, da EC nº 1, de 1969 (redação da EC nº 7, de 1977). De passagem, repita-se que o ex-Tribunal Federal de Recursos e o atual Superior Tribunal de Justiça foram criados para atender a essa necessidade.

Ponto significativo da reforma do Judiciário consistiu na criação dos Tribunais Regionais Federais, já instalados e em funcionamento em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Pernambuco. A competência dessas Cortes é praticamente a mesma do antigo Tribunal Federal de Recursos.

É lamentável que, em favor da justiça comum de primeira instância, não tenha sido adotada qualquer providência, de modo a permitir mais rapidez na prestação jurisdicional.

Conclusão

Não há outra maneira de se fazer história, senão relatando os fatos e comentando-os ao longo das suas ocorrências.

Ficam aqui expostas as mais importantes alterações sofridas pelo Poder Judiciário, no seu primeiro século de vida republicana. Mas isso não responde à crítica, cada vez mais acérrima, ao seu trabalho, ao atraso da prestação jurisdicional, ao mérito intelectual do juiz, à sua responsabilidade funcional, ao acúmulo de serviço, ao péssimo atendimento, ao exagero das custas, à lentidão do processo, enfim, a uma interminável série de dificuldades que tornam insuportável recorrer à Justiça.

Em alguns lugares, a situação chega a nível de calamidade pública. Recentemente veio ao Brasil uma Comissão de Juristas da Organização das Nações Unidas, para averiguar o funcionamento da nossa Justiça, e chegou à conclusão de que o “sistema judiciário brasileiro está falido e o que resta dele está completamente caduco”. Tratava-se de uma comissão de alto nível, integrada pelo jurista argentino Beinusz Smuckler, membro da Onu; pelo Juiz do Supremo Tribunal da Espanha, Henrique Bacigapo, e pelo advogado espanhol Oleguer Torra Miro, membro do Colégio de Advogados de Barcelona e da Comissão de Advogados Católicos da Espanha.

Essa crítica merece procedência, em parte. Com certeza não atinge a Justiça Federal nos seus diferentes ramos, nem o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores. O alvo da comissão foi a Justiça do Pará, nas duas instâncias.

Essa crise, no nosso entender, não se estriba na estrutura orgânica do Poder Judiciário. Mas nos seus componentes, na falta de servidores honestos e capacitados, na precariedade de espaço físico para o seu trabalho, no reduzido número de funcionários, e nas dificuldades normais que se avolumam com o absurdo descumprimento das tarefas cartorárias, nos baixos salários e nos atrasos da devolução das inúmeras precatórias expedidas no curso dos processos. A lei adjetiva precisa ser reformulada.

Por outro lado, é necessário prover as Comarcas com juízes residentes, e devidamente preparados para o julgamento rápido das causas que lhes são distribuídas. Também é indispensável que boas condições de trabalho lhes sejam oferecidas. Que a informática seja acionada em favor de uma rápida instrução e julgamento dos feitos. O preparo do juiz é fundamental. O concurso público deve ser eliminado, porquanto imprestável para o aliciamento de magistrados. É necessário que os Tribunais de Justiça dos Estados criem, urgentemente, escolas de magistratura, com um curso mínimo de dois ou três

anos, com dedicação exclusiva e aproveitamento comprovado. É o que ocorre na Europa, com destaque na França, Espanha e Portugal, países onde estivemos, recentemente, em visita a essas escolas.

Nesta altura podemos afirmar que a crise da Justiça reside, em grande parte, na escassez de recursos e na falta de vigilância das Corregedorias.

Está demonstrado que muito se tem a fazer pelo Judiciário. Mas isso não deslustra o trabalho realizado, o êxito até aqui alcançado. Agora, confiemos na autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, conquista consignada na Constituição vigente. É válido confiar no prestígio, cada vez maior, na Justiça brasileira.

É a vitória dos cem anos do período republicano.

Controle da Atividade Judiciária

Antônio de Pádua Ribeiro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Conceito de atividade judiciária. Atividade jurisdicional e atividade não-jurisdicional

A função específica, atribuída pela Constituição ao Poder Judiciário, é a de compor os litígios em nome do Estado. É a denominada função jurisdicional que, na sua essência, funda-se no inciso XXXV do art. 5º daquela Lei Maior, nestes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ao lado dessa função típica, os órgãos do Poder Judiciário exercem outras, previstas na própria Constituição, como as relativas ao autogoverno da magistratura (art. 96) ou que lhe são atribuídas pela legislação ordinária, como as atinentes à jurisdição voluntária e às concernentes ao exercício de atividades anômalas. Todas as atividades exercitadas pelos órgãos do Poder Judiciário são judiciárias, consubstanciando-se na prática de atos judiciários. No desempenho da função jurisdicional, desenvolvem-se atividades jurisdicionais, praticando-se atos jurisdicionais ou judiciários em sentido estrito e, no exercício de outras funções, atividades não-jurisdicionais.

As atividades judiciárias não-jurisdicionais são diversificadas, incluindo-se, entre elas, as relativas à jurisdição voluntária e ao autogoverno da magistratura (Constituição, art. 96), sendo algumas de índole legislativa (Constituição, art. 96, II) e outras censórias (Constituição, art. 96, I, **b, in fine**), normativas, administrativas em sentido estrito (nomeação, demissão e promoção de servidores, realização de licitações públicas, etc.) e anômalas (casos dos arts. 28 e 419 do Código de Processo Penal, de procedimento penal **ex officio**, etc.).

Aspecto importante a salientar, com apoio em **Frederico Marques**, é que a atribuição de funções não-jurisdicionais ao Poder Judiciário não infringe o princípio da separação dos poderes (Constituição, art. 2º). “O que não se pode admitir é a usurpação de funções, ou a atribuição destas com anomalias e desvios que comprometam as garantias com que na doutrina tripartite se tutelam os direitos individuais”¹.

1. **Marques, José Frederico**. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária. 2ª edição, São Paulo: Saraiva 1959, p. 47.

Breve esboço histórico

A fiscalização do exercício da atividade judiciária é muito antiga. A sua razão precípua é a de zelar pela correta atuação dos órgãos judiciários e de resguardar o prestígio da Justiça.

O ilustre Ministro Alfredo Buzaid, ao tratar da origem e da evolução do instituto da correição parcial, cita expressivo rescrito do Imperador Constantino dirigido a Máximo, presidente da província, nestes termos:

“Conferimos a todos o poder de louvar, com manifestações públicas, os juízes justíssimos e diligentíssimos, a fim de que os cubramos de maiores honras; e, pelo contrário, de acusar, com manifestações de queixas, os injustos e maus, a fim de que os atinja o rigor da nossa censura.”²

Assinala aquele grande jurista que “os poderes dessa jurisdição censória passam para a Idade Média, identificando-se no sumo império da autoridade real”.

No velho direito português, textos das Ordenações Filipinas, muitos dos quais têm por fonte dispositivos das Ordenações Manuelinas, cuidaram do tema. O Título LVIII do Livro I, referindo-se aos Corregedores das Comarcas, em seu item 6, dizia:

“E mandará pregoar, que venham perante ele os que se sentirem agravados dos Juizes, Procuradores, Alcaides, Tabeliães, ou de poderosos e de outros quaisquer, e que lhes fará cumprimento de direito. E que assim venham perante ele todos os que tiverem demandas, e que lhes faz desembargar. E dado assim o pregão, mandar chamar os Juizes, e pô-los a par de si, far-lhes pergunta, quando vierem as partes, que feitos tem perante eles, assim cíveis, como crimes, e o por que os não despacham, mandando-lhes que logo os desembarguem, mostrando-lhes o como os hão de despachar.”

E no Título LXV, ao versar sobre as “Devassas Gerais”, ordenava

“a todos os Juizes das cidades, vilas e lugares de nossos Reinos e Senhorios, que do dia que começar a servir seus ofícios a dez dias

2. Revista Forense nº 175, p. 91.

primeiros seguintes, comece mártir a inquisições devassas sobre os Juizes que ante eles foram, a qual acabarão de tirar até trinta dias do dia, que for começada; e nela sejam perguntadas ao menos até trinta testemunhas pelos capítulos que se seguem, que mais razão tenham de saber deles”.

E as perguntas, entre outras, deveriam versar sobre se os juizes faziam audiências aos tempos ordenados e se despachavam os feitos sem delongas; se deixavam de fazer direito por temor, peita, amor, ódio ou negligência; se levaram serviços, jeiras, ou outras serventias, ou receberam dádivas de alguns fidalgos, ou de outras pessoas; se, com poder de seus ofícios, tomaram alguns mantimentos, ou outras coisas sem dinheiro, ou por menos preço do que valiam; se dormiram com algumas mulheres que perante eles trouxessem demandas, ou requeressem alguns desembargos.

“Diz João Mendes Júnior que foi a Lei de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 26, que ‘deu nova face ao regime de correições, depois regulado pelo Decreto de 2 de outubro de 1851’.”³

Na verdade, o Decreto nº 834, de 02.10.1851, baixado por Eusébio de Queiroz, dispondo sobre o “Regulamento das Correições”, cuida minuciosamente da matéria: trata do tempo e forma das correições, dos empregados a elas sujeitos; dos autos, livros e demais papéis que devem ser apresentados; das atribuições do Juiz de Direito em correição, quanto ao criminal e ao cível; e das penas disciplinares e de responsabilidade.

Sob a égide da nossa primeira Constituição Republicana, de 24.02.1891, continuou a ser aplicado o referido diploma. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde se promulgou o primeiro “Regimento das Correições”, baixado pelo Decreto nº 4.786, de 03.12.1930, com fundamento no art. 11, § 1º, do Decreto Federal nº 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório.

Lê-se, nos seus considerandos, a preocupação de impor severa disciplina aos serviços da Justiça, visando à sua moralização e boa ordem, pois, por falta de uma organização fiscalizadora adequada, os abusos se multiplicavam diariamente, quer entre os funcionários subalternos, quer entre os funcionários superiores da Justiça, com sacrifício do interesse público. Aduz que a velha instituição das correições, uma vez renovada e adaptada às condições de então, podia contribuir para a reforma dos maus costumes forenses e coibir inúmeros abusos.

3. Mendes Júnior apud Frederico Marques, opus cit., p. 136, nota 18.

Posteriormente, a matéria passou a ser regulada nas leis de organização judiciária dos Estados e do Distrito Federal e, no âmbito da Justiça Federal, pela Lei nº 5.010, de 30.05.1966, que restabeleceu a Justiça Federal de primeira instância (arts. 6º a 9º), a qual, no tópico, continua em vigor mesmo após a promulgação da Constituição vigente, por força do art. 11 da Lei nº 7.727, de 09.01.1989.

De assinalar que só a Constituição em vigor fez referência expressa à competência dos tribunais de velar pelo exercício da atividade correicional das suas secretarias, serviços auxiliares e dos Juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, **b**). Tal inciso, contudo, nada mais fez do que respaldar os textos legais há muito editados sobre o assunto e que se harmonizaram com as Constituições anteriores, por serem a elas inerentes.

Em nosso sistema jurídico é, pois, imanente ao Poder Judiciário o exercício da função correicional, de natureza censória e disciplinar. Como assinalado, atualmente, a Constituição faz referência expressa ao exercício dessa função pelos órgãos judiciários (art. 96, I, **b, in fine**). Todavia, não era indispensável que o explicitasse para que a legislação federal e estadual o estabelecesse, não só por força da tradição histórica, mas também por conformar-se com os parâmetros constitucionais.

A propósito, é expressiva a ementa do acórdão proferido pela Primeira Turma do excelso Pretório, ao decidir o RE nº 101.402-RJ, do qual foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer (RTJ 110/1.235):

“Não padece de inconstitucionalidade o dispositivo de lei estadual que autoriza permaneçam à disposição do Corregedor-Geral da Justiça Juízes de Direito, para o desempenho de funções de presidir inquéritos, sindicâncias e correições no âmbito dos serviços forenses, *que inerem ao desempenho do Poder Judiciário*, não exaurido apenas em sua típica função jurisdicional.” (Grifei)

Argumenta, com percuciência, no seu douto voto, que, posta a função jurisdicional, “justificados estão os meios para a sua realização, nem se poderia cogitar, pois aí residiria infringência à autonomia dos Poderes, que os processos disciplinares atinentes aos Membros do Poder Judiciário e aos serviços que lhe são inerentes fossem confiados aos agentes de um outro Poder”.

Autogoverno do Poder Judiciário

Dos aludidos subsídios de ordem constitucional e de índole tradicional

resulta que o controle das atividades judiciárias só pode ser feito por órgãos do Poder Judiciário. Por isso mesmo, o controle de tais atividades por órgãos ou entidades a ele estranhos não pode ser admitido.

Aliás, o autogoverno do Poder Judiciário assumiu dimensões maiores na vigente Constituição, cujo art. 99 assegurou explicitamente àquele Poder “autonomia administrativa e financeira”. A alteração é significativa. Afigura-se nos que, em razão dela, a usada expressão “autogoverno da magistratura” adquiriu maior amplitude. Hoje, mais correto seria falar-se em “autogoverno do Poder Judiciário”, expressão, a nosso ver, mais adequada para abranger o conjunto de atividades judiciárias não-jurispcionais exercitadas pelos órgãos daquele Poder, com exclusão daquelas atinentes à jurisdição voluntária e de natureza anômala.

Em tal contexto, diante do especial posicionamento que o legislador constituinte deu ao Judiciário, atribuindo-lhe, de maneira concreta, meios de autogovernar-se, pensamos que a contrapartida a tão grande conquista é o dever de transparência no exercício da atividade judiciária, particularmente daquela integrada no que denominamos de “autogoverno do Poder Judiciário”. Para alcançar-se tal desiderato, é indispensável que se aprimorem as técnicas de controle da atividade judiciária, dando-se destaque ao controle preventivo.

Meios de controle

Analisando, especificamente, o tema epigrafado, cumpre tecer considerações sobre os vários tipos de controle da atividade judiciária, com especial atenção para aqueles atinentes ao “autogoverno do Poder Judiciário”.

Com tal escopo, convém alertar que a anatomia do controle da atividade judiciária, que iremos ensaiar, não deve ser vista com prejuízo do seu aspecto funcional integrado. Os tópicos, a seguir abordados, não são excludentes entre si, mas, ao contrário, completam-se e harmonizam-se. Assim, ao examinarmos, em itens diversos, o controle normativo e o controle da gestão orçamentária, não teremos o propósito de afirmar que este não possa ser objeto de controle normativo. Da mesma forma, não estaremos a sustentar que o controle disciplinar não se compatibilize com o controle correicional. É assim por diante.

a) Controle correicional

O controle correicional, conforme exposto, é o mais tradicional, sendo imanente ao nosso sistema jurídico. Assume a forma de “correições” efetiva-

das pelos Ministros, Desembargadores ou Juizes Corregedores ou de “correição parcial”, requerida pela parte ou pelo Ministério Público.

As “correições” efetivadas por magistrados adquirem formas diversas, e a respectiva terminologia também varia no âmbito das justiças estaduais e federais, em observância a legislações e provimentos que lhes são pertinentes.

O Provimento nº 50/89, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, bem resume o exercício da função correicional. Diz que ela consiste na fiscalização das serventias judiciais, extrajudiciais e seus serviços auxiliares, da polícia judiciária e dos presídios, sendo exercida, em todo o Estado, pelo Corregedor-Geral da Justiça e, nos limites das suas atribuições, pelos Juizes de Direito. Estabelece que o seu exercício será permanente ou mediante correições ordinárias ou extraordinárias, gerais ou especiais.

Refoge aos objetivos desta exposição aprofundar os aspectos atinentes a essas correições, muito conhecidas, em suas linhas gerais, por aqueles que militam na atividade forense. O que importa aqui é, tão-somente, ressaltar a sua excepcional importância no controle do exercício da atividade judiciária.

Merece, ainda, breve referência a denominada correição parcial, instituto de índole censória, que, após ser previsto nas várias leis de organização judiciária dos Estados, com amplitude variável, veio a ser delineado, nos seus contornos atuais, pela Lei Federal nº 5.010, de 30 de maio de 1966, cujo art. 6º dá competência ao Conselho da Justiça Federal para “conhecer de correição parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República no prazo de cinco dias, contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso, ou omissão que importe erro de ofício ou abuso de poder”. O dispositivo refere-se ao Conselho da Justiça Federal que funcionava junto ao extinto Tribunal Federal de Recursos, mas que continua em vigor, **ex vi** do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 7.727, de 09.01.1989, que criou os Tribunais Regionais Federais.

O instituto é chamado, também, de reclamação por algumas leis de organização judiciária, como a do Distrito Federal (Lei nº 1.301, de 28.12.1950, art. 71; Lei nº 3.754, de 14.04.1960, art. 10, XV). Não há confundi-lo, porém, com a reclamação cabível para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, visando à “preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (Constituição, arts. 102, I, I; e 105, I, f).

A correição parcial, segundo mostra o ilustre Professor **Moniz de Aragão** na excelente monografia que sobre ela escreveu, tem como antecedentes históricos a **supplicatio romana**, que chegou a Portugal com a denominação de *querimas* ou *querimônias*, o agravo de ordenação não guardada, previsto nas Ordenações Filipinas (L. III, T. XX, parágrafo 46) e o agravo por dano

irreparável, a que se refere o art. 669, parágrafo 15, do Regulamento nº 737, de 25.12.1850⁴.

Prevista nas antigas leis de organização judiciária dos Estados, foi acoidada de inconstitucional, até que sobreveio a Lei Federal nº 5.010, de 1966, que criou o instituto no âmbito federal, quando aquela alegação perdeu força (**Moniz de Aragão**).

Pontes de Miranda e Frederico Marques, entre outros, verberaram, com extrema virulência, a correição parcial. O primeiro disse tratar-se de “figura intrusa, ditatorialiforme”, verdadeiro “retrocesso psicanalítico às formas anteriores às próprias querimônias”, e o outro taxou-o de “maior aleijão de que temos conhecimento em nosso direito positivo”.⁵

Com o respeito devido a tão insignes juristas, a prática tem demonstrado que a correição parcial, se examinada com cautela e descortino, como em regra é apreciada pelos Conselhos de Justiça, constitui instituto que permite sanar, sem interferir diretamente na atuação jurisdicional do magistrado, situações desairosas, altamente comprometedoras da imagem do Poder Judiciário. Não há dúvida de que é um remédio de índole venenosa. Todavia a sua eficácia, boa ou má, está na dosagem do veneno. Utilizado este em quantidade adequada, o resultado, proveitoso para a causa da justiça; caso contrário, atinge-lhe o cerne, ou seja, o próprio exercício da atividade jurisdicional. A sua dosimetria cabe aos Conselhos de Justiça. Na medida em que estes são integrados por magistrados experimentados e prudentes, a utilização da correição parcial apresenta mais vantagens do que desvantagens.

b) Controle disciplinar

A independência do juiz é de ordem política e jurídica: a primeira repousa nas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; e a outra acha-se traduzida no princípio consubstanciado no art. 102 da Constituição Alemã de Weimar: “Os Juizes são independentes e só são subordinados à lei”. Decorre do princípio da independência jurídica que o juiz deve submeter-se apenas à sua própria convicção; nas dúvidas e incertezas sobre a interpretação de uma lei, não se submete a critérios de outros, mas ao seu próprio; não está obrigado a aceitar as decisões de outros juizes ou Tribunais, quando contrárias à sua convicção (**Stammler**). “Essa independência

4. **Marques, J. F.** A Correição Parcial in Revista Jurídica, nº 19, pp. 9-14, José Bushaksky, Editor, 1969.

5. **Marques, J. F.** Idem, p. 35.

da magistratura é que imprime aos atos judiciais, quer de jurisdição contenciosa como de jurisdição voluntária, os traços específicos que os distinguem” (**Frederico Marques**)⁶.

Todavia, “não infirma o princípio da independência do juiz, a disciplina judiciária a que está adstrito. Como bem explicam **Glasson e Tissier**, os juizes, se são plenamente independentes, vinculados se acham a obrigações profissionais que os submetem a certa *surveillance*, podendo ser atingidos em certos casos por penas disciplinares (*Procédure Civile*, vol. I, p. 175). Se os magistrados de profissão devem ter a independência assegurada, por outra parte, como assinalava **João Mendes Júnior**, convém ‘acautelar as restrições impostas pela natureza, isto é, o perigo da prevaricação, o perigo da inabilitação por moléstia ou demência, o perigo da falta de circunspeção, queremos dizer: convém tornar eficaz a responsabilidade, o julgamento da capacidade física ou mental, quando postas em dúvida, e a disciplina dos magistrados’. Mas, consoante o insigne mestre, a ação disciplinar deve ser criada no interesse da própria magistratura, incumbindo a ela, e só a ela, a ‘iniciativa de corrigir os desvios de seus membros’, colocando-se nessa jurisdição censória os próprios componentes do Judiciário, para que assim nenhum perigo corra a independência dos Magistrados (Exposição Preliminar para a Reforma Judicial do Estado de São Paulo, 1901, pp. 227/229)”⁷.

O controle disciplinar dos juizes é inerente ao nosso sistema jurídico, conforme antes aludimos, ao nos referir à função correicional, de cujo exercício exsurge. Funda-se, pois, no poder censório, hoje expresso na parte final da alínea **b** do art. 96, I, da Constituição. Portanto os preceitos das leis federais e estaduais, especialmente das leis de organização judiciária, que estabelecem penas de advertência e censura afinam-se com a Lei Maior. Ademais, esta própria prevê expressamente a remoção, disponibilidade e aposentadoria do Magistrado, por interesse público, mediante decisão tomada pelo voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa (art. 93, VIII).

Saliente-se, todavia, que certas penalidades não se compatibilizam com a situação de magistrado. É o caso da suspensão. A respeito, indaga o Ministro Mário Guimarães: “com que prestígio voltaria o juiz à comarca depois de cumprida a pena severa de suspensão?”⁸.

6. **Marques, J. F.** Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1959, p. 148.

7. Ver **Marques, J. F.** *opus cit.*, p. 149, nota 10.

8. **Guimarães, Mário.** O Juiz e a Função Jurisdicional, Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 1958, p. 236.

Diante dos princípios citados, resulta claro que a Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dispondo sobre o Estatuto da Magistratura poderá regular a matéria, inclusive prever outras penalidades. Decorre, ainda, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na parte em que dispõe sobre a atividade censória dos Tribunais e Conselhos, continua a vigor, salvo, é claro, nos casos em que contrarie a atual Constituição.

Sobre o assunto, porém, não se pode olvidar que toda atividade censória há de ser desenvolvida com o resguardo devido à dignidade e independência do magistrado (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979, art. 40). Há de ter-se em conta, em tal contexto, que enfraquecer o prestígio do juiz equivale a enfraquecer o da própria Justiça.

No panorama da atividade judiciária, o importante é estimular o exercício de controles preventivos, sejam, ou não, de natureza correicional, a fim de evitar a aplicação de penas aos magistrados. A estes devem-se dar melhores condições de trabalho, maior estímulo à sua fundamental atuação no interesse da justiça e orientação segura que não comprometa a sua independência jurídica.

Cabe, por último, dizer que o controle disciplinar dos servidores do Poder Judiciário não apresenta maior complexidade, sendo o assunto regulado, de modo geral, nos estatutos dos funcionários públicos.

c) Controle normativo

Há várias funções normativas exercidas pelo Poder Judiciário previstas na Constituição: elaboração dos regimentos internos dos Tribunais; iniciativa de lei nos casos do art. 96, II; elaboração e encaminhamento da respectiva proposta orçamentária (art. 99, §§ 1º e 2º); dispor a Justiça Trabalhista, nos dissídios coletivos, sobre normas ou condições de trabalho (art. 114, § 2º); baixar a Justiça Eleitoral instruções regulamentares sobre eleições; iniciativa do Supremo Tribunal Federal quanto à lei complementar que irá dispor sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93) e dos Tribunais de Justiça com relação à lei de organização judiciária (art. 125, § 1º).

Tais funções são não jurisdicionais, constituindo manifestação do que **Salvatore Carbonaro** denominou interferência funcional, “fenômeno que ocorre quando um órgão estatal exerce função que lhe não é específica”⁹. Todavia não constituem um desvio anômalo da atividade judiciária, pois

9. **Marques, J. F.** Manual de Direito Processual Civil, 1º volume, São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 88/89.

concernem ao autogoverno do Poder Judiciário, originando da posição política deste como um dos Poderes da soberania nacional.

Ao lado das referidas atividades normativas, existem muitas outras que dizem respeito ao controle da atividade judiciária. São provimentos, instruções normativas, resoluções, enfim, atos administrativos normativos, baixados por Tribunais, Conselhos de Administração, Conselhos de Justiça, Conselhos Disciplinares, Presidência de tais órgãos colegiados, Corregedores e até mesmo por funcionários de menor hierarquia, como diretores administrativos daquelas entidades. Essas normas apresentam especial significação no controle preventivo da atividade judiciária, pois orientam, esclarecem, estimulam ou inibem a prática de certos atos, ou estabelecem rotinas ou regras de atuação para os órgãos inferiores.

A própria Constituição criou órgão, junto ao Superior Tribunal de Justiça, com o precípuo objetivo de atuar, por intermédio da via normativa, no controle da atividade judiciária. Ao Conselho da Justiça Federal, previsto no parágrafo único do seu art. 105, cabe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

d) Controle da gestão orçamentária

O controle dos gastos públicos mereceu especial atenção do legislador constituinte. A respeito, o art. 74 da Constituição dispôs expressamente sobre o controle interno, o controle externo e o controle de terceiros. Eis o seu texto:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

O transcrito preceito, no seu § 1º, diz que:

“Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de

qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

E, no seu § 2º, estatui que:

“Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Outrossim, o art. 75 do Diploma Fundamental estendeu a aplicação das referidas normas, no que couber, aos Estados e ao Distrito Federal.

O Judiciário, sem dúvida alguma, há de dar cumprimento aos aludidos preceitos, em razão do seu conteúdo cogente. Todavia deve dar-lhes eficácia não só por obrigação, mas por devoção ao interesse público. Com efeito, tendo sido destacado, no bojo da Lei Maior, com a autonomia financeira, a elaboração da sua proposta orçamentária e liberação automática das suas dotações orçamentárias, inclusive créditos adicionais (arts. 99 e 168), o rigor na efetivação dos gastos públicos deve assumir, no seu âmbito, aspectos de cristalina transparência. Por isso mesmo, seus órgãos ligados ao controle interno devem merecer atenção especial.

e) Controles indiretos

Há certas formas de controle que tornam a máquina judiciária mais eficiente ou, caso tenha alcançado bom nível de organização e trabalho, evitam o seu estiolamento; que permitem a prática de medidas adequadas, a tempo e modo, com o objetivo de dar segurança e agilidade ao exercício da função judiciária, ensejando, com freqüência, facilidades para a atuação dos meios de controle preventivo; que se revestem de métodos variados que alcançam, obliquamente, a própria prática dos atos judiciários, especialmente aqueles de índole jurisdicional e que estão em harmonia com o princípio segundo o qual administrar é prever e prover.

Tais formas de controle são muito diversificadas e, sempre que possível, utilizam-se das técnicas e instrumentos tecnológicos disponíveis. Embora seja difícil elencá-las, é possível exemplificá-las, o que iremos fazer. Estamos convencidos de que, com a autonomia administrativa e financeira que lhe foi atribuída pela Constituição, o Poder Judiciário tem condições de planejar e executar os seus planos de modernização, sintonizado com os anseios de justiça, cada vez maiores, do povo brasileiro.

Entre essas formas de controle indireto, podem ser citadas as escolas da magistratura, os centros de treinamento de juizes e servidores, órgãos de planejamento, setores encarregados dos estudos de organização e métodos e, particularmente, a informática.

Em regra, o nível dos juizes e serventuários é bom. Alguns desses servidores são idealistas e têm visão das medidas a serem adotadas para dar eficiência à função judiciária. São, contudo, minoria. Ademais, os seus ideais são sufocados pela arcaica máquina judiciária, contaminada de mofo secular e atingida pela imobilidade omissiva e comodista, estimuladora de desvios comprometedores da dignidade da Justiça. Cremos que o esclarecimento objetivo, com a constante realização de cursos adequados, oportunamente preparados e divulgados, pode contribuir para a criação de uma nova mentalidade judiciária, adequada a padrões elevados de qualidade e aos parâmetros modernos de eficiência.

O emprego das técnicas de organização e métodos é fundamental para a eliminação de rotinas ultrapassadas, elaboração de manuais de atuação administrativa e preparo dos programas computacionais. Só assim procedimentos como os das capas múltiplas a engravidarem os autos, dos carimbos excessivos, das conclusões desnecessárias e outros inúmeros de natureza procrastinadora e encarecedores dos custos judiciais poderão ser eliminados, com vantagem para o controle e qualidade dos serviços forenses.

É necessário, ainda, estimular a criação de órgãos permanentes de planejamento. O Judiciário precisa prever o seu desenvolvimento, a fim de alocar os recursos orçamentários e utilizá-los com eficiência. Não é possível que continue a funcionar de maneira improvisada. As varas, hoje, são criadas, muitas vezes, para minorar situações caóticas, a fim de amainar a grita das seccionais da OAB ou as críticas da imprensa. Isso não é mais admissível. A Constituição deu iniciativa ao Judiciário de elaborar os seus orçamentos anuais e dispôs sobre a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual de investimentos (art. 165). É indispensável atentar-se para essa nova realidade.

Entre as formas de controle preventivo, merece destaque especial a informática, que vem tendo uma aceitação crescente no âmbito dos órgãos judiciários federais e estaduais. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, atentos aos aspectos maiores do custo-benefício, implantaram Plano Diretor de Informática, que se fundou na descentralização das bases de dados, cuja integração é, hoje, feita pela Internet.

Em termos de controle da atividade judiciária, numerosos programas foram desenvolvidos e muitos deles estão implantados.

Há alguns ligados mais diretamente à atuação jurisdicional, como o sistema

de envio eletrônico de matérias ao Diário da Justiça, que garante maior segurança e celeridade às publicações, e o sistema PUSH, que permite o envio automático, por e-mail, do andamento processual no STJ aos advogados e ao público em geral, bastando seja informado o endereço eletrônico. Em fase de implantação na Internet, encontra-se a disponibilização, até o primeiro trimestre de 1999, da íntegra dos acórdãos do STJ para conhecimento dos juizes e interessados. Fora da Internet, serão interligadas, em redes de alta velocidade, as bases de informação dos tribunais com seus principais “clientes” (v.g., Advocacia Geral da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Caixa Econômica Federal, Procuradoria Geral da República) e entre os próprios órgãos do Poder Judiciário, visando a uma maior interatividade.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região oferece outro exemplo dos inúmeros usos da informática no controle da atuação jurisdicional. Naquele Tribunal, foi desenvolvido um programa interligando as respectivas Seções Judiciárias, o qual dá ao Corregedor-Geral a liberdade de proceder a correições em qualquer dia e em qualquer Vara, sem a necessidade de se deslocar até as cidades onde se acham localizadas as Seções.

Quanto aos programas ligados à atividade judiciária não jurisdicional, cito aqueles que permitem o controle de estoques, os gastos com combustíveis e fotocópias, a vida funcional dos servidores, as licitações públicas, o cumprimento de contratos etc.

f) Controle preventivo

Cumpra destacar o controle preventivo, para dizer que é o mais saudável e conduz os serviços judiciários para os caminhos da eficiência, evitando delongas desmoralizantes, atalhos aviltantes e punições. Assume, em geral, as formas já expostas, atinentes aos controles correicionais, normativos e indiretos.

Conclusão

O Poder Judiciário é muito criticado sob a alegação de que, ao contrário dos outros Poderes, não está sujeito a controles. Trata-se de grande inverdade. O que é indispensável – isto sim – é que, em decorrência da autonomia administrativa e financeira que lhe foi reconhecida pelo legislador constituinte, sejam ativadas algumas formas de controle antes citadas, dando-lhes maior utilização.

Fala-se, de quando em vez, em sujeitar o Judiciário a controle externo, isto é, a órgãos que lhe são estranhos ou compostos de pessoas não pertencentes aos

seus quadros. Contudo, não merece guarida tal providência, contrária à nossa vetusta tradição. É importante, mais que nunca, tenham os diversos setores ligados à área judicante a preocupação de esclarecer a opinião pública no sentido de que é o seu autogoverno a única forma de assegurar a independência dos magistrados e, em conseqüência, a tutela eficiente dos direitos e garantias individuais e sociais. De lembrar a todos que, quando a democracia floresce, o Judiciário assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver a formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

Texto baseado em palestra proferida em 27.02.91 por ocasião do Encontro Nacional de Presidentes de Tribunais, Corregedores de Justiça e Presidentes de Associações de Magistrados, na Sala de Sessões Plenárias do STF; em 30.08.91, no III Encontro dos Magistrados de Rondônia; e publicada em 25.03.91, no caderno Direito & Justiça do Correio Braziliense.

Medidas Provisórias, o Estilo Brasileiro de Legislar

Jesus Costa Lima

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

A *medida provisória* foi introduzida na Constituição Federal de 1988, sob o fundamento de que o tão criticado decreto-lei era inaceitável, ranço que era da ditadura.

O Presidente da República, em caso de relevância e urgência, pode adotar medida provisória, com força de lei, devendo de imediato, submetê-la ao Congresso Nacional.

A novidade concernente ao decreto-lei, “é que a não conversão tira a eficácia da medida provisória **ex tunc** e não **ex nunc**, isto é, desde a sua edição. É como se não tivesse existido no mundo do direito, seus efeitos nada valendo e, podendo, inclusive, se gerou prejuízos quantificáveis pecuniariamente, permitir a responsabilização do Poder Público, do Presidente e dos Ministros que a assinaram”.¹

“Desde a publicação, a medida provisória tem eficácia, ou seja, passa a produzir efeitos jurídicos. Mas essa eficácia, por hora, é temporária, pois perdura apenas até a manifestação do Congresso. Se a medida provisória for aprovada, passa a integrar o ordenamento jurídico e os efeitos produzidos desde a sua publicação ganham juridicidade. Se, por outro lado, for rejeitada, perde a sua eficácia desde a sua edição, competindo ao Congresso disciplinar as relações jurídicas daí decorrentes”.²

Enquanto a lei tem eficácia plena, a medida provisória, conforme resulta do próprio nome, apenas paralisa, deixando encoberta a eficácia das normas contrárias (a da lei que busca ab-rogar ou derrogar). “É evidente, pois, a relevância da distinção entre eficácia precária (da medida provisória) e eficácia plena (da lei)... A medida provisória não tem a eficácia plena da lei, mas uma eficácia precária (não revogatória), pois dependente de posterior aprovação pelo Congresso Nacional. Se a medida provisória não for aprovada, a situação regulada volta ao **status quo ante**”.³

1. **Ives Gandra Martins**. Comentários à Constituição do Brasil, IV Volume, Tomo I, Edição Saraiva, 1995, p. 431.
2. **Celso Ribeiro Bastos**. Curso de Direito Constitucional, 18ª ed., Saraiva, p. 361.
3. **Humberto Bergmann Ávila**. Medida Provisória na Constituição de 1988, Porto Alegre, 1997, p. 109.

Clélio Chiesa⁴ chama a atenção para o fato de que a “regra geral aplicável ao conflito de normas no tempo logo nos induz a pensar que a eficácia imediata da medida provisória, dotada de força de lei, se faz prevalecer à norma legal mais antiga. Contudo, não devemos nos esquecer de que esta eficácia está condicionada ao beneplácito do Congresso, sem o qual ficam anulados, *desde o início, todos os seus efeitos*” (grifei).

Segundo o magistério de **Caio Tácito**⁵, tal circunstância “levou a doutrina a adotar uma *solução de compromisso*, até ser convertida em lei (o que lhe confere definitividade), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e a eficácia, que se restauram se não subsiste a medida provisória, tanto pela rejeição como pela inércia do Congresso, superada a objeção de que a lei, quando revogada, somente é ripristinada mediante norma expressa que a restaure”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ adverte que, possuindo a medida provisória “força de lei”, deve-se entender que derroga ou revoga a lei anterior com ela incompatível. Isto é inexorável, pois somente assim poderia a medida provisória chamar para o seu império os atos ou fatos que, ao contrário, estariam sujeitos a outra normação. Mas, rejeitada a medida provisória ocorrerá a ripristinação da lei ou revogação? Como se sabe, não há ripristinação sem norma expressa que a comande e a Constituição vigente não cuidou do assunto. A meu ver, a questão deve ser posta noutros termos. *A derrogação ou revogação da lei anterior por uma medida provisória seria apenas aparente. Esta suspenderia a vigência e a eficácia desta lei anterior, sobrepondo-lhe a norma que edita, mas a derrogação ou revogação propriamente dita apenas viriam da conversão em lei da medida provisória pelo Congresso. Assim, inocorrendo a conversão, perderá efeito a medida provisória, restituindo-se plena vigência e eficácia ao direito anterior.* Note-se que esta solução se coaduna com o texto do art. 62, parágrafo único, primeira parte: “as medidas provisórias perderão a eficácia desde a edição”. *Retroatividade é fazer como se a medida provisória não tivesse tido eficácia, portanto, não tivesse tido a força de derrogar ou revogar a lei* (grifei). Confira-se do mesmo Professor: Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Ed. Saraiva de 1997, pp. 376/7.

4. **Clélio Chiesa**. Medidas Provisórias – O Regime Jurídico Constitucional, Ed. Juruá de 1996, pp. 71/73.

5. **Caio Tácito**. As Medidas Provisórias na Constituição de 1988, Revista de Dir. Administrativo, vol. 176/6.

6. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. As Medidas Provisórias com Força de Lei, Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinz. março/1989, p. 87.

A medida provisória “possui vigência e eficácia imediatas, mas destas não resulta revogação dos atos legislativos com ela conflitantes ou incompatíveis. Ela possui eficácia temporal limitada a 30 dias, tendo efeitos paralisantes e não revocatórios em face das leis que lhe são anteriores e conflitantes. Tal restauração da eficácia não se identifica nem se confunde com a repristinação: *será ex tunc, isto é, desde a data da medida provisória não convertida*”. É o que ensina o Professor **Pinto Ferreira**⁷ (grifei).

A “edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, se opera a derrogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, *restaura-se a eficácia da norma anterior*. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornado subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada”, por igual, sustenta **Michel Temer**⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ aponta cinco diferenças básicas entre a lei e a medida provisória, a penúltima delas consiste em que a medida provisória não convertida pelo Congresso Nacional, perde a sua eficácia desde a sua publicação (efeitos **ex tunc**), diferentemente da lei, que faz cessar os seus efeitos **ex nunc**.

O Ministro Moreira Alves¹⁰, decano do Supremo Tribunal Federal, entende que a “medida provisória, desde a sua edição, é ato normativo com força de lei e produz, com relação aos destinatários, todos os efeitos obrigatórios desta, apenas sob a condição resolutiva de, se não convertida pelo Congresso em trinta dias, perder a sua eficácia desde o início”. Insiste dizendo: “veja-se que uma perda de eficácia sob condição resolutiva, porque se porventura não vier uma lei de conversão, esta perda de eficácia se resolve. E, conseqüentemente, aquela lei anterior não se repristina. Aquela lei anterior se tem como se jamais tivesse deixado de existir”.

O Ministro Celso de Mello assim se manifestou, como relator, na ADIn nº 293-7-DF:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Provisória nº 190 – Perda de eficácia por falta de apreciação oportuna pelo Congresso Nacional (CF, art. 62, parágrafo único).

7. Confira-se: Revista de Informação Legislativa nº 130 de 1996, artigo de **Manoel Adam Lacayo Valente**.

8. **Michel Temer**. Elementos de Direito Constitucional, p. 142.

9. **Celso Antônio Bandeira de Mello**. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, Revista de Direito Público, nº 95, p. 28.

10. José Carlos Moreira Alves. ADIn nº 221-DF, DJU de 09.04.90.

A medida provisória constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e precariedade que o qualificam, de eficácia temporal limitada, na medida em que, não convertida em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo. A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto em sua conversão em lei, quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias” (DJU de 18.06.93).

Manoel Adam Lacayo Valente¹¹ aponta como característica definitiva da medida provisória, em confronto com o decreto-lei, “a sua precariedade resolutiva, que é condicionada ao trintídio de eficácia, com perda **ex nunc** dos seus efeitos. Essa perda de aptidão para produzir efeitos jurídicos **ab initio** permite a sobrevida da legislação anterior atingida pela medida provisória que caduca. Ocorre, nesse caso, não a reconstituição da legislação anterior, já que a mesma não fora revogada com definitividade, mas a sua reaplicação, temporariamente afastada pela norma provisória cujos efeitos se extinguiram”.

O então Senador Fernando Henrique Cardoso ponderou, em artigo intitulado Constituição ou Prepotência:

“O Executivo abusa da paciência e da inteligência do país quando insiste em editar medidas provisórias sob o pretexto de que, sem sua vigência imediata, o Plano (Collor) vai por água abaixo e, com ele, o combate à inflação. Com esse ou com pretextos semelhantes, o governo afoga o Congresso numa enxurrada de medidas provisórias. O resultado é lamentável: Câmara e Senado nada mais fazem do que apreciá-las aos borbotões...É certo porém que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que no país só existe um poder de verdade, o do Presidente. E daí por diante esqueçamos de falar em democracia”.¹²

O atual Chefe do Executivo, no entanto, acabou por sucumbir às seduções do novo instituto, aproveitando-se da reiterada omissão do Congresso Na-

11. **Manoel Adam Lacayo Valente**. Cláusula de Convalidação em Medida Provisória, Revista de Informação Legislativa nº 130.

12. **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, Prof^a. Titular de Direito Constitucional da PUC-MG, extraído da palestra proferida no STJ em junho de 1997. Conferir Correio Braziliense, de 07.07.97, Caderno Direito & Justiça.

cional, legislando como quer, quando quer e, vezes raras, conforme as circunstâncias o exigem. Penso que a tal ponto se chegou porque o Supremo Tribunal Federal, chamado a se pronunciar sobre a matéria, admitiu a reedição *ad libitum* das medidas provisórias, desde que respeitem o prazo constitucional.

Veja-se: enquanto o decreto-lei era aplicável apenas a determinadas matérias, os constituintes acabaram por aprovar, como está comprovado, um texto muito mais amplo, mas abrangente, sem limitação de matérias.

O Presidente da República eleito segundo a Carta de 1988 conta com poder absoluto para legislar mais do que aqueles conferidos aos do chamado regime militar.

Atente-se, de outro modo, para a fluidez dos conceitos de “urgência” e de “relevância”.

O Ministro Oscar Corrêa¹³, a propósito, adverte: “É óbvio que, antes de mais nada, cabe examinar se é caso de relevância e urgência, pressuposto do cabimento da medida. Da mesma maneira que o Presidente da República pode considerá-la necessária e urgente, discute-se se o Congresso pode recusá-la, ou se essa decisão se inclui na discricionariedade do Executivo. A nós parece que o conceito de relevância é mais difícil de aferir e ficará certa margem de discricção ao Executivo para avaliá-la devendo o Congresso agir, na hipótese, com largueza de vistas. É que a avaliação do Executivo nem sempre pode ser aferida pelos outros poderes. Quanto à urgência, porém, em alguns casos, é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse medida provisória sobre matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência. De qualquer modo, como tem o Congresso o poder de analisar a medida no mérito, se este se apresenta conveniente e próprio, não haverá por recusar-lhe preliminarmente o exame. Tanto mais quanto, na lei de conversão, a ação do Congresso não sofre nenhum obstáculo ou limite”.

Já são dezenove as emendas feitas à Constituição de 1988 e nenhuma delas tentou modificar o artigo 62, como se tudo fosse um mar de rosas.

Não me parece positivo e nem animador esse quadro, pois nesses dez anos as medidas provisórias quase chegam a duas mil e tratando de tudo, muitas delas reeditadas *n* vezes, mercê da docilidade do Congresso, que renuncia à sua função essencial e a transfere de mão beijada ao Chefe do Executivo, que muito lhe agradece.

Tem-se de reconhecer, sem menosprezo a ninguém, que o poder Executivo transformou-se em Poder Legislativo operante.

13. A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica, Forense Universitária, 1991, p. 131.

Dano Moral no Direito Brasileiro

Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A noção do que constitui dano moral é de fácil apreensão, não assumindo relevo os pequenos desencontros na doutrina a propósito da sua conceituação jurídica, eis que reponta um elemento conceitual comum, suficientemente abrangente, qual seja o caráter não patrimonial da lesão. Segundo enfatiza **Agostinho Alvim**, o caráter primordial do dano moral é negativo, ou seja, não ser patrimonial.

Após afirmar que o dano moral não pode ser definido mais que em contraposição ao dano patrimonial, **Zannoni** acrescenta que *daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en un daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial*.

A distinção entre dano material e dano moral não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado, como observa **Aguiar Dias**, que, recorrendo à lição de **Minozzi**, conclui que o dano moral deve ser compreendido em seu conteúdo, que é a dor, o espanto, a emoção, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.

Desde **Clóvis**, declaradamente um dos paladinos da tese, consoante anota **Wilson Melo da Silva**, que a doutrina pátria, com raríssimas exceções, inclinou-se em admitir a reparação do dano moral, o mesmo não ocorrendo, entretanto, com os nossos tribunais, que, por décadas a fio, resistiram à idéia.

Em descompasso com o que acontecia alhures, onde a responsabilidade civil já ganhara contornos mais definidos, nossa jurisprudência mostrava-se refratária, prevalecendo uma interpretação restritiva e pouco criativa do nosso Código Civil, em uma postura informada principalmente pela inquietação da consciência em dar preço à dor.

Isso foi bem apanhado por **Eduardo Espínola Filho**. Há mais de meio século, precisamente em 1944, em artigo publicado em revista jurídica da época, seguindo as pegadas de outros notáveis juristas, asseverava que “a acatamento de que pode ser objeto de uma compensação em dinheiro, o mal que se reduz a sofrimento moral, a despeito do apoio encontrado da parte dos juris-

tas teóricos, encontrou sério obstáculo, para a sua objetivação, nos escrúpulos de uma extrema delicadeza de sentimentos, repercutida na má vontade com que os tribunais encaram tais pedidos de indenização”.

Aguiar Dias, no prefácio da 1ª edição do clássico *O Dano Moral e sua Reparação*, da autoria de **Wilson Melo da Silva**, que veio a lume em 1955, não poupou a crítica mordaz, ao sublinhar que “temos por aí, multiplicada, a vasta descendência do juiz de paz que **Martins Pena** satirizou, com toda a certeza sem desconfiar nem das distâncias nem das alturas a que atingiram os seus dardos”.

O que aqui se pinçou a título de ilustração encontra-se à larga, a mancheias na literatura especializada, evidenciando o inconformismo dos nossos doutrinadores, que não deixou de refletir na parcela mais arrojada da magistratura, valendo lembrar aqui o pioneirismo de Pedro Lessa, tido por **Rui** como o mais completo dos nossos juizes. Em célebre julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1915, praticamente delineou o que só viria a pacificar-se na jurisprudência décadas após, reconhecendo não ser necessário a lei conter declaração explícita acerca da indenização por dano moral para que esta fosse devida, por isso que na expressão dano está incluído o dano moral.

Da negativa peremptória à plena aceitação da tese da reparabilidade do dano moral em sua verdadeira acepção, passamos por um estágio de transição, marcado basicamente por duas posições. Uma, com raízes na chamada doutrina eclética, que ainda hoje encontra adeptos, exigindo a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, em verdade, indeniza-se o dano econômico indireto, e não o moral, e a outra, posta em admitir a reparação do dano moral de forma oblíqua. O Verbete nº 491 da Súmula do Supremo Tribunal Federal resulta dessa última. Ao dizer indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, admitiu um hipotético dano de natureza material, à guisa de sucedâneo, indenizando-se, destarte, o dano moral sob o color da reparação de lesão patrimonial.

Antes mesmo que a jurisprudência tivesse atingido o patamar mais elevado da sua lenta evolução no pertinente ao tema, a reparação do dano moral acabou erigindo-se em mandamento constitucional, com o advento da Carta Política de 1988. Assim é que o inciso V do art. 5º estabelece que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Já no inciso X definiu-se que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O inciso LXXV, que representa notável avanço nos domínios da responsabili-

dade civil do Estado, dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, achando-se aí compreendida, à evidência, a reparação do dano moral decorrente.

Com a disciplina constitucional, é importante que se realce isso, não mais prevalecem, no que diz com dano moral, as chamadas indenizações tarifárias. O princípio da proporcionalidade que a Constituição expressamente refere não se compadece com os limites estabelecidos por certos diplomas legais.

Admitir expressamente a indenização por dano moral, como fez a Constituição de 88, é bom que se diga, não constituiu algo inédito em nossa legislação. Já o tinham feito antes o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais, ainda que no plano da especialização.

Em nossa ordem jurídica, no plano geral, o Código Civil já continha os pilares de sustentação da reparabilidade do dano moral. **Clóvis Bevilacqua** apontava para a norma do art. 76, entendendo outros eminentes civilistas, entretanto, que o fundamento mais consistente se encontrava mesmo no art. 159.

Em verdade, segundo observa **Caio Mário da Silva Pereira**, a aceitação da doutrina que defende a indenização por dano moral repousa numa interpretação sistemática de nosso direito, abrangendo o próprio art. 159 do Código Civil que, ao aludir à “violação de um direito” não está limitado à reparação ao caso de dano material apenas.

O Superior Tribunal de Justiça, que, em sua missão constitucional de tutelar a autoridade e a unidade do direito federal, culminou consagrando definitivamente a tese da reparabilidade do dano moral, ateve-se justamente na interpretação sistemática do Código Civil, a partir do princípio inscrito no art. 159.

Não se pretenda que o termo prejuízo há de ser entendido como dizendo apenas com dano material, como remarcou o Ministro Eduardo Ribeiro, demonstrando que o contrário resulta da própria lei, pois a segunda parte do art. 159 remete aos dispositivos que regulam a liquidação das obrigações e, entre eles, alguns dizem indiscutivelmente com dano moral (REsp nº 4.236-RS).

Este precedente, aliás, inclui-se entre os que ensejaram a edição da Súmula nº 37 do STJ, que, pondo uma pá de cal em antiga controvérsia, consolidou a jurisprudência no sentido de que são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Deveras, se há um dano material e outro moral, que podem existir autonomamente, se ambos dão margem à indenização, não se percebe porque isso

não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, consoante enfatizou Sua Excelência.

Em tal contexto, surge uma outra questão relevante, que diz respeito ao dano estético. Consoante anota **Wladimir Valler**, a lesão estética pode ou não envolver um dano patrimonial, conforme provoque ou não um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Certo, entretanto, que constitui modalidade de dano moral, daí ter decidido o Superior Tribunal de Justiça, em pelo menos duas oportunidades, sendo que num dos casos funcionei como relator (REsp nº 57.824-8-MG), que a indenização por dano estético não pode ser cumulada com a indenização por dano moral, sob o mesmo título. Não é possível deferir-se a última em razão unicamente da dor causada pela lesão estética. Mas nada obsta o deferimento na hipótese de o dano moral, à guisa de exemplo, resultar do padecimento no hospital, com submissão a várias cirurgias, ou seja, sob outro título. Vai daí que, no caso de lesão estética, reponta a possibilidade de tríplex indenização. Pelo dano estético em si, pelo dano moral e pelo dano patrimonial.

Questão crucial é a que diz respeito à quantificação do dano moral. A dificuldade que isso apresenta constituiu-se, aliás, em um dos grandes óbices à aceitação da tese da reparabilidade do dano moral.

A indenização por dano moral, contrariamente ao que ocorre com a concernente ao dano material, não se funda na **restitutio in integrum**, pois é impossível repor o estado anterior à lesão, em decorrência mesmo do efeito desta. Outra é a sua natureza jurídica. Consoante **Windscheid**, visa a compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário. A indenização tem, pois, caráter compensatório. A compensação pode residir, inclusive, no simples reconhecimento judicial, a exemplo das conhecidas ações de um dólar dos norte-americanos.

Sem embargo de ser possível, em alguns casos, outra modalidade de reparação, consiste a regra na reparação pecuniária.

De acordo com o que escorreitamente observa **Maria Helena Diniz**, traduzindo o pensamento que predomina na doutrina e na jurisprudência, “a reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento”.

Nessa ordem de idéias, tem-se que a reparação deve ser proporcional à intensidade da dor, que, a seu turno, diz com a importância da lesão para quem a sofreu.

Não se pode perder de vista, porém, que à satisfação compensatória soma-

se também o sentido punitivo da indenização, de maneira que assume especial relevo na fixação do **quantum** indenizatório à situação econômica do causador do dano.

Proceder à estimação adequada, porém, é tarefa das mais difíceis. Aqui e além fronteiras, é grande a preocupação com essa delicada questão.

Não existe, ainda, a balança exata, cientificamente certa, na qual se pudesse pesar os imponderáveis da justiça e com a ajuda da qual o **cuique tribuere** pudesse se materializar sem a interferência do arbítrio judicial, como assinala **Wilson Melo da Silva**, ao advertir sobre a necessidade de separar as aspirações justas das miragens do lucro.

Tem sido árdua a busca de critérios mais precisos, com a doutrina e a jurisprudência indicando-nos alguns, mas não há como eliminar-se uma certa dose de subjetivismo na liquidação de dano moral, como bem ressaltou o Ministro Athos Carneiro no voto que proferiu no REsp nº 3.003-MA.

Com efeito, não há um parâmetro próprio para estimar-se o valor a ressarcir, tal asseverou o Ministro Barros Monteiro, em palestra no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, acrescentando que há o juiz de recorrer aos princípios da equidade, ao bom senso, ao **arbitrium boni viri**, com menção ao magistério de **Caio Mário da Silva Pereira**, segundo o qual a soma não deve ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Os excessos só levam à desmoralização do instituto. Em suma, o que se deve ter em vista é o princípio da razoabilidade, cuja aplicação em nosso direito tem hoje o mais largo espectro.

A liquidação do dano moral é procedida na forma do art. 1.553 do Código Civil, ou seja, por arbitramento, nada impedindo, porém, que o juiz fixe desde logo o valor da indenização, quando possível (REsp nº 6.048-RJ). Não comporta pensionamento, que é próprio da indenização por dano material, como ressuma do art. 1.539 do Código Civil.

Quando o dano moral resulta de ofensa à honra não há maior dificuldade. O critério estabelecido no parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil constitui um bom parâmetro. Levando-se em conta que a multa criminal hoje tem certa expressão, é perfeitamente possível fazer-se aplicação analógica do que ali se contém. Alcançar-se-ia hoje indenização de até 3.600 salários mínimos, soma bastante significativa.

No campo probatório, impera a presunção **hominis**. Com efeito, é absolutamente desnecessário demonstrar, por exemplo, que a perda de um filho ou uma deformação física acarretou sofrimento, sendo conseqüência da natureza das coisas. É o entendimento que se encontra estampado, entre outros, nos acórdãos do STJ nos REsp nºs 17.073-MG e 50.481-1-RJ.

Questão interessante, a despeito de não receber a devida atenção dos doutrinadores, diz com a titularidade do direito à indenização, que se projeta no plano da legitimação ativa **ad causam**. No que se refere ao dano material, o que importa é o desfalque patrimonial e aí a questão se reduz ao mais simples. Tratando-se, no entanto, de dano moral resultante de morte, a questão é mais complexa, na medida em que a lesão que autoriza a indenização pode atingir numerosas pessoas, até mesmo quem não guarda vínculo de parentesco com a vítima. Pelo menos em regra, a melhor solução, quero crer, está em considerar apenas o círculo familiar mais estrito. Em certa medida, isso se ajusta ao que dispõe o parágrafo único do art. 76 do Código Civil.

Questão das mais tormentosas, que tem suscitado aceso debate doutrinário, sem que, a propósito, a jurisprudência haja fixado os seus rumos, é a consistente em saber se a pessoa jurídica é suscetível de sofrer dano moral.

Zannoni ressalta que as pessoas jurídicas *tiénen también atributos que si bien, indirectamente, les son conferidos para la consecución de su fin u objecto, son reconocidos públicamente como un modo de ser sujeto a la valoración extrapatrimonial de la comunidad en que actúan*. **De Cupis**, por sua vez, parte do pressuposto que existem danos não-patrimoniais subjetivos e danos não-patrimoniais objetivos, sustentando que as pessoas jurídicas podem sofrer estes últimos, que envolvem ofensas ao bom nome, à reputação, dentre outros.

Essa posição tem encontrado boa receptividade entre nós, mas há críticos severos. **Wilson Melo da Silva**, um dos nossos tratadistas de peso, acentua que a difamação, a ofensa ao bom nome, classificadas por **De Cupis** como danos morais objetivos, apenas são danos de tal natureza no tanto em que, sem nenhuma repercussão sobre os bens do patrimônio econômico, possam determinar, para o lesado, sofrimentos interiores e angústias, depressão moral, vergonha ou vexame. Fora disso, não constituiriam propriamente um dano extrapatrimonial.

Citando **Agostinho Alvim**, arremata o mestre mineiro:

“Se o dano não-patrimonial tem como pressupostos o dano e a não diminuição do patrimônio, afastada toda idéia de dor moral ou física no que tange às pessoas jurídicas, então, conclui o professor paulista, ‘não sabemos em que consistirá esse dano, que nem é dor, nem prejuízo’...”

Convenha-se que se trata de objeção séria, mas, por outro lado, há certo tipo de lesão indicado pelas máximas da experiência e que ficaria, então, sem reparação, sobretudo tratando-se de sociedade civil sem fins lucrativos. Até

mesmo com empresa isso pode ocorrer, constituindo-se o abalo de crédito no exemplo clássico. Dir-se-á que o dano é patrimonial. Sucede que nem sempre é possível aferi-lo economicamente. O banco pode deixar de conceder empréstimo sem declarar o verdadeiro motivo da recusa. Esta consequência de ordem prática faz quando menos meditar. **Yussef Cahali** sustenta que “se deve dar preferência à reparação do dano moral, estimada pelo arbítrio judicial, se de difícil comprovação os danos patrimoniais concorrentes”. Talvez o caminho seja por aí. Cumpre à jurisprudência, em reflexão paulatina, fixar os seus rumos. A propósito, anoto que já há decisões do Superior Tribunal de Justiça sinalizando no sentido afirmativo.

Palestra proferida na Seção do Rio Grande do Norte, ao ensejo do ciclo de Estudos Jurídicos em homenagem ao Min. José Delgado no dia 6 de julho de 1997.

A Profissão de Magistrado

José de Jesus Filho

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Rui, jurista do final do século passado e do início deste, afirmou que o juiz é o direito tornado homem. Dele é que a comunidade espera a proteção prometida pela lei, sob uma forma abstrata. Se ele souber aplicar bem a norma, todos podem acreditar não apenas no direito, mas também na justiça. Se o juiz não tiver cuidado ao aplicar a lei, o direito se esvai e permanece somente como um sonho. O juiz é a testemunha corpórea da lei. Dele dependem os dois componentes mais sagrados para o ser humano, depois da vida: a liberdade e os bens corpóreos ou materiais. O juiz deve ser o guardião e garantia dos valores maiores da comunidade. Por isso a formação do juiz é tema atual em todo o mundo ocidental. O Magistrado é o defensor da verdade, dentro desse continente que é o processo, repositório maior do dever de justiça. Assim, não devemos temer as leis, se boas ou más, se aplicadas por bons juizes, como afirma **Bergeret**. Mas para atingir a verdade real, necessita o magistrado não só de um conhecimento científico, de uma formação técnica do direito, para o exercício de sua função, mas principalmente conhecimentos oriundos de outros ramos da ciência que por certo lhe emprestarão sensibilidade e visão humanitária, ao mesmo tempo em que lhe permitirá auscultar os anseios da alma humana, reconhecer e avaliar os dramas, as vicissitudes, enfim, adequar a lei à realidade social do momento. Para isto necessita ele de percorrer os caminhos da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica, da Psicologia Jurídica, da Hermenêutica Jurídica, da Ética e da Metodologia Científica, dentre outros, instrumentos estes eficientes e necessários para o completo desenvolvimento da arte de julgar. Penso ser necessário a todos que pretendam seguir a espinhosa e difícil carreira de magistrado, freqüentar, antes de submeter-se às provas do concurso, a Escola da Magistratura, onde, além de reunir os conhecimentos assinalados, verificar se essa é sua verdadeira vocação profissional.

Na Escola da Magistratura, deve o futuro candidato a juiz, reavaliar e ampliar sua formação científica do direito, mas, sobretudo, aprofundar-se no conhecimento dos outros ramos correlatos, sem os quais a aplicação do direito torna-se extremamente difícil, com risco de injustiça não desejada.

Nessa linha de pensar, indaga-se: é imprescindível que o juiz busque no

conhecimento filosófico as fontes para o desenvolvimento do seu pensamento e da sua convicção? Acredito que sim. As Escolas de Magistratura devem priorizar o ensino da Filosofia como matéria indispensável para a formação integral do juiz. A respeito, disse **Eduardo Prado de Mendonça**, em seu livro *O Mundo Precisa da Filosofia*, 9ª edição, p. 15, que “a Filosofia é justamente uma das maiores forças espirituais que nos impedem de soçobrar na barbaria e nos ajudam a permanecer homem e a vir a sê-lo cada vez mais”. Por sua vez, **José Cretella Júnior**, acentuou em sua obra *Filosofia do Direito*, Edição 1977, p. 214 e seguintes, ser “impossível a formação completa do jurista sem o paralelo preparo filosófico. A formulação dos conceitos, o empreendimento de classificações e divisões, a interpretação dos dispositivos legais, a valoração dos objetos do mundo do direito, a crítica dos princípios em que repousam os institutos, o traçado coerente do regime legal, são iniciativas que só podem ser levadas a bom termo quando alicerçadas por noções precisas da filosofia, que passam, desse modo, a repercutir de maneira sensível no âmbito da jurisprudência”. E concluiu: “a filosofia do direito, complementando a cultura do jurista, fornece-lhe elementos para a reformulação conceitual, esclarecendo-o, por um lado, a respeito de si mesmo, como sujeito cognoscente e atuante, assinalando-lhe, por outro lado, o objeto cognoscível sobre que deve atuar, dando-lhe as coordenadas precisas do mundo jurídico, ilustrando-o a respeito dos graves e profundos problemas que é obrigado a equacionar e resolver”.

Agora, em recente e primoroso artigo publicado na revista *InformAndes*, do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, nº 89, p. 12, o Professor de Filosofia da Universidade Federal do Paraná, Emmanuel José Appel, ressalta a necessidade da reimplantação do ensino da filosofia no ensino médio e nos vestibulares das universidades, ensino este retirado das grades curriculares no início dos anos setenta.

Encima seu trabalho com palavras de Frederico Mayor, Diretor-Geral da Unesco, sobre o ensino de Filosofia: “Um ensino de Filosofia amplamente difundido, de forma acessível e pertinente, contribui de maneira essencial para a formação de homens livres. Incita-os, com efeito, a criticar e a julgar por si mesmos, confrontar argumentações, respeitar a palavra dos outros, submeter-se somente à autoridade da razão. Mais ainda: é, incontestavelmente, uma escola de liberdade”.

O Professor Appel constata que “o ensino da Filosofia se estende na medida em que a democracia avança. Não há propriamente ofício filosófico sem sujeitos democráticos e não há como atuar no campo político, consolidar a democracia, quando se perde o direito de pensar. Quem pensa opõe resistência”.

Refere-se à “Declaração de Paris para a Filosofia”, aprovada durante jornada internacional organizada pela Unesco, da qual destaca dois tópicos que se ajustam ao nosso tema, e por isso devem ser reproduzidos:

“a educação filosófica, formando espíritos livres e reflexivos, capazes de resistir às diversas formas de propaganda, fanatismo, exclusão e intolerância, contribui para a paz e prepara cada um a assumir suas responsabilidades face às grandes interrogações contemporâneas, notadamente no domínio da ética.”

E este outro:

“o desenvolvimento da reflexão filosófica, no ensino e na vida cultural, contribui de maneira importante para a formação dos cidadãos, no exercício de sua capacidade de julgamento, elemento fundamental de toda democracia.”

Faço essas reflexões porque desde o início de minha formação acadêmica – 1953, após submeter a uma prova de Filosofia no exame vestibular, senti necessidade de introduzir nos estudos de direito a filosofia do direito, cujo aprendizado tornou-se mais atraente, ao ler os dois volumes da obra do Prof. **João Arruda**, mestre da Faculdade de Direito da USP, intitulada Filosofia do Direito, durante o aprendizado da Introdução à Ciência do Direito, a partir de quando sempre busquei reflexão nessa doutrina, da qual tanto me servi ao aplicar o direito ao fato social, nos meus trinta anos de magistrado.

Por todas essas razões, penso que o ensino da Filosofia do Direito é cada dia mais importante na formação do juiz integral.

De outra parte, algumas palavras sobre o conhecimento sociológico para a boa aplicação do Direito. O Direito é norma? É. É valor? É. Mas também é fato, e sendo assim, não pode se afastar do contexto social.

O juiz deve ser, antes de tudo, um observador social. Deve saber o que se passa ao seu redor. Conhecer os fatos através do contato e convívio com a comunidade. Neste final de século, o que mais se deseja é uma justiça rápida na composição dos litígios. Ouvimos isto a todo instante. Os problemas sociais, econômicos, políticos, envolvendo o fantasma do desemprego, os chamados excluídos; os chamados sem-terra; os chamados sem-teto; os descompassos da vida quotidiana, nos lares, cada dia mais difícil, exigem daquele que vai analisar os fatos dentro de um contexto sócio-econômico e político, profunda meditação sociológica. Envolvendo condições econômicas indefensáveis e privilégios encastelados na ordem vigente, deve o Magistrado

se interessar pelo drama social de seu tempo, perceber a verdadeira dimensão de seu trabalho, receber e tratar com urbanidade, não só os operadores do Direito, na linguagem moderna, mas, ouvir as partes quando procurado. No momento em que isto ocorrer, a comunidade ficará extasiada. Há uma luz para os injustiçados, uma esperança de dias melhores. Em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, o excelente e discutido Sociólogo **Frei Betto** sob o título de Aristófanes e o Brasil, analisando a conjuntura neoliberal brasileira, traz a distinção do Mestre ateniense, em seu Livro Plutos, entre Pobreza e a Miséria, temas preocupantes na atualidade conceituando-os: “Pobre é aquele que nunca cessa de trabalhar, nada há de supérfluo em sua casa, porém, nada lhe falta”. Miserável é “o mendigo que nada tem de próprio nem sequer um óbolo” – e num gesto pessimista sinaliza para um crescente aumento de ambas as classes. Este é um fenômeno que não deve passar despercebido pelo juiz.

Conhecendo e convivendo com os dramas sociais, terá ele juiz, enriquecido seu interior, podendo avaliar os dados reais que lhe são colocados às mãos para decidir com absoluta tranqüilidade fazendo a verdadeira justiça. Aliás, ao assim fazer, o magistrado estará cumprindo regra de sociologia inserta na Lei de Introdução ao Código Civil, cujo art. 5º determina:

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Princípio este que se harmoniza com o artigo 125 do CPC.

O que dizer da necessidade do juiz conhecer psicologia jurídica como ciência indispensável na condução do processo, seja ele de que natureza for?

Considero-a, também como essencial. O processo sendo instrumento de busca da verdade, a psicologia empresta ao juiz subsídios importantes para bem adequar sua tarefa e permitir-lhe desvendar os mistérios ocultos ou dissimulados quando da produção da prova, tão necessária para sua valoração no julgamento.

Do livro Psicologia Judiciária, 2ª edição de **Enrico Altavilla**, editado em Coimbra, recolhi duas passagens para evidenciar o quanto a matéria é importante, principalmente quando se examina fatos que restringem a liberdade, liberdade esta que além de garantia individual (Constituição Federal, art. 5º, LVII), é um bem precioso da vida.

Disse ele às fls. 81 e seguintes:

“Deve o juiz saber penetrar na alma do réu, descobrir os verdadeiros motivos do crime, de modo a poder reconstituir em que condições psíquicas

ele foi cometido, e saber fixar, com aproximação, em que medida contribuiu o organismo psico-ético e a ocasião, de maneira a transformar uma sentença numa sábia diagnose, que justifique a medida defensiva, como um adequado meio terapêutico.”

Ao dizer que o juiz precisa ter consciência do crime, acrescentou:

“Não é um facto a catalogar, mas aberração de uma personalidade humana, que é preciso explicar, emendar ou imunizar. E o magistrado deverá conhecer essa personalidade, com os seus erros, com as suas anomalias, com as suas deformações, com as suas doenças. E não deverá nunca deixar de escutar os cantos mais recônditos, mesmo quando o crime pareça completamente justificado por uma causa, porque a indagação poderá revelar-lhe que ela foi apenas a ocasião, não sendo por isso, mais que uma causa aparente.”

A edição desta obra é de 1960, mas parece-me atual, porque alguns colegas magistrados, talvez por falta de maiores informações não alcançaram, ainda, a importância da psicologia no desempenho de sua missão.

Altavilla ainda tece algumas advertências aos magistrados para o exercício de função tão delicada e ressalta a necessidade de uma cultura completa de psicologia criminal, de psicologia judiciária e de sociologia criminal ao comparar diversas outras profissões, inclusive a de educador, preocupados com a psicologia aplicada, com a de alguns juízes encerrados em seus gabinetes, pensando que o seu instinto judiciário é capaz de suprir todas as necessidades. Infelizmente, isto ainda é uma verdade.

A psicologia judiciária dá ao juiz a oportunidade de ser um bom instrutor do processo, tanto no crime como no civil. Fornece-lhe técnicas apropriadas para interrogar as partes, inquirir testemunhas, ter um bom relacionamento com os advogados e com o Ministério Público, principalmente agora, com as novidades da reforma do Código o juiz está autorizado no Civil a tentar objetivamente a conciliação (art. 448, CPC), o que somente acontecerá quando os magistrados da justiça comum, puderem, a exemplo dos juízes trabalhistas, tentar amplamente a conciliação e, para tanto, deverá ser revogado o inciso V do artigo 135 do Código. Lembro, ainda, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde o juiz deverá exercitar seus conhecimentos de psicologia judiciária, para correta aplicação desses instrumentos valiosos e modernos de realização do direito.

Na formação integral do magistrado devo fazer duas pequenas observa-

ções. Devo dizer da Hermenêutica Jurídica e da Ética Profissional.

A Hermenêutica Jurídica é uma arte ou como querem alguns, uma técnica de interpretar o Direito para exprimir o pensamento real da norma.

É tema que merece reflexão. Lendo a obra *Interpretação e Aplicação das Leis*, de **Francisco Ferrara**, em sua 4^a edição, impressionou-me dentre tantas, esta passagem que para a carreira do juiz pareceu-me de muita valia. Diz ele:

“O juiz é o intermediário entre a norma e a vida; é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a viva **vox uris**.”

Logo, observo a necessidade do juiz aprimorar e por que não dizer, dominar a técnica de aplicar o Direito, utilizando-se de métodos eficazes e não valendo-se apenas do conhecimento técnico do Direito e da língua em que se encontra expressa a norma. Não é sem razão as observações que faço sobre a hermenêutica jurídica. A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece como princípio, que as decisões dos juízes devam ser fundamentadas sob pena de nulidade. E a interpretação da norma, ajustada aos fatos na sentença é que faz do juiz a viva voz do Direito.

Por fim, falo de Ética Profissional.

De nada adianta ao juiz ser profundo conhecedor do Direito e de todas essas ciências afins que acabo de expor, se lhe faltarem atributos morais e éticos na vida particular, em sociedade e no desempenho de sua função.

Nenhum concurso ou escola de magistratura será capaz de transformar personalidades que não contenham os atributos para o exercício do cargo, a não ser desmotivar aqueles que guardem tendências contrárias à ética.

Por todas estas razões é que defendi no início dessas despreziosas observações, a necessidade de submeter, antes do concurso, à Escola de Magistratura, e o fiz com apoio na linha dos princípios que deverão constar do Estatuto da Magistratura, ditados pelo art. 93 da Constituição Federal. O inciso IV prevê cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento como requisito para ingresso e promoção na carreira.

Seria bom que os candidatos passassem antes pela escola como requisito para o ingresso. As escolas teriam o tempo suficiente para acompanhar e conhecer, do ponto de vista ético, os candidatos a juiz.

Ao lado de todas essas ciências complementares referenciadas, uma deve

ser acrescentada por sua importância: a Ciência Política. Imprescindível ao estudo do Direito Constitucional, direito este em evidência nos dias atuais. Fala-se tanto em norma constitucional, inconstitucional, ações diretas de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade, controle difuso, controle concentrado, dentre outros, mas, todo esse arcabouço do direito para ser realmente entendido e aplicado no momento certo, necessário se faz conhecer, desde logo, os efeitos da norma constitucional no tempo e no espaço, por ser garantia da cidadania, o que só será possível através do estudo da Ciência Política.

O juiz, na sua carreira deve ser, antes de tudo, um abnegado, um cultor do Direito e das ciências que ornaram seu saber e suas decisões. O juiz é um predestinado. Não é fácil julgar seus semelhantes. O juiz ora decide da liberdade, ora de bens da vida de seus concidadãos. Deve ser discreto para não ser vulgar. Não se preocupar com a publicidade pessoal, mas com a publicidade de seus julgados, que devem orientar e exemplificar a sociedade, como determina o texto constitucional. Deve ser compreensivo com as partes, seus advogados e com o Ministério Público, para que a justiça seja feita.

Este o perfil que desejo para a Magistratura. Assim, nossa profissão será cada vez mais compreendida e respeitada por toda a comunidade.

Crimes Contra a Fé Pública

Francisco de Assis Toledo

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

I - Fé pública. Problemas e conceito

1. Embora aceita, entre nós, é, no mínimo, discutível a opção do legislador brasileiro, a partir do Código Penal de 1890, de destacar em título único, sob a denominação de “Crimes contra a fé pública”, determinados delitos de falsificação.

Para demonstrar essa afirmação basta salientar que não seguem essa orientação, adotada principalmente pelo Código Penal italiano, vários códigos modernos (ou modernizados), de que são exemplos o português, o austríaco, o suíço, o alemão e outros.

É que, ao contrário do que sucede com o “patrimônio”, a “família”, a “administração pública”, a “pessoa” etc., a denominada “fé pública” não se apresenta como um bem jurídico nitidamente destacável dos demais, além do que não se esgota evidentemente nos crimes de falsificação normalmente agrupados nesse título.

Veja-se, por exemplo, o crime de estelionato, situado entre os que ofendem o patrimônio, no qual a *fraude* pode consistir em alguma forma de falsificação. No título dos crimes contra a propriedade imaterial, encontramos espécies de falsificação – reprodução ou imitação de marca (art. 192, I), de símbolos (art. 193), falsa indicação de procedência (arts. 194, 196, § 1º, IV) etc. – que evidentemente se destinam a ludibriar a confiança do público, em certas marcas ou sinais. Por outro lado, parece indiscutível que nos delitos de falsificação propriamente ditos, de que é exemplo mais expressivo a falsidade documental, a ofensa ao patrimônio aparece com muita frequência, pois ninguém falsifica só pelo prazer de iludir, a menos que o faça por brincadeira, caso em que não haverá crime.

Daí a correta observação de **Soler** de que o conjunto de delitos que a legislação latino-americana costuma agrupar sob a designação de delitos contra a fé pública “*há dado lugar como pocos a un debate doctrinario ya secular, que aún no puede decirse concluído*”...¹

1. *Derecho Penal Argentino*, V, p. 279.

Nelson Hungria, defensor da opção de nosso legislador, não deixa de registrar as dificuldades que essa opção encerra, nesta passagem: “Não obstante continuar prevalente, pelo menos em doutrina, o critério de se considerarem os crimes de *falsidade* como *atentatórios da fé pública*, não existe ainda acordo sobre quais os crimes que devem figurar, homogênea e unitariamente, na categoria sob tal **nomen juris**.”²

A dificuldade resulta, evidentemente, da indeterminação ou da enorme abrangência do conceito de *fé pública*.

2. O Anteprojeto brasileiro de reforma da Parte Especial, publicado no *Diário Oficial* de 28.10.87, nada inovou nesse aspecto, mantendo o Título X com a mesma designação “Dos Crimes contra a Fé Pública”.

Penso que seria mais proveitoso, em nome da necessária precisão dos conceitos jurídicos, substituir-se esse título por outros, mais explícitos, como por exemplo: “falsificação de moeda e papéis oficiais representativos de valores”; “falsidade de documentos, certidões, símbolos de identificação ou autenticação”. É mais ou menos essa a orientação do novo código austríaco.

3. Feitas essas observações iniciais, vejamos o que se tem entendido por “fé pública”, já que foi acolhida pelo legislador brasileiro, pelo que não podemos deixar de enfrentá-la.

Segundo **Manzini**, o conceito atual de fé pública não corresponde ao romano, por estar este último vinculado ao exercício de função pública. Na Itália, o conceito moderno remonta, ao que parece, a **Filangieri**, em obra publicada em 1817.³

Pode-se, hoje, dizer, em resumo, que *fé pública* é a fidúcia, a confiança existente no meio social quanto à autenticidade da moeda circulante, dos documentos públicos ou particulares, dos meios simbólicos de autenticação ou de certificação, dos títulos representativos de valores ou de ordens de pagamento, da identidade e do estado das pessoas.

4. Particulares ou a Administração Pública não põem em dúvida uma compra e venda certificada pelo Oficial do Registro de Imóveis ou um cheque cuja assinatura coincida com a do cartão de garantia fornecido pelo Banco sacado ou com a da carteira de identidade do emitente.

No entanto, essa confiança que se deposita nos carimbos e assinaturas, nos cartões bancários, cédulas de identidade e outros símbolos de identificação ou autenticação, pode ser evidentemente burlada através de falsificações ou adulterações mais ou menos perfeitas, aptas a enganar um número

2. Comentários, 2ª ed., IX, p. 192.

3. **Manzini**, *Trattato*, VI, p. 472.

indeterminado de pessoas, fato que introduz significativo risco para a segurança dos negócios e das relações sociais.

Como a velocidade das relações sociais, dos negócios, e a própria turbulência da vida cotidiana não nos permite desconfiar de tudo e de todos a ponto de passarmos a conferir o documento que nos seja apresentado, depois, os sinais de autenticidade desse documento, depois, da fonte expedidora, e assim por diante, numa seqüência regressiva interminável, ficamos na primeira verificação, confiando na exatidão do restante. Assim, se alguém nos entrega um cheque em pagamento, confiamos no documento ou exigimos o cartão de garantia ou a cédula de identidade que podem satisfazer nossas dúvidas. Não vamos conferir a autenticidade desses documentos nem procurar saber se quem os expediu podia fazê-lo, se o Banco autorizou tal conta, se há realmente fundos na conta, se, enfim, o Banco pagará efetivamente o cheque, como se anuncia e espera.

Todas essas possíveis dúvidas se resolvem de pronto pelo crédito de confiança, ou seja, pela *fidúcia* que a coletividade deposita no cheque e/ou no documento que lhe assegura a autenticidade.

5. Essa *fidúcia*, ou confiança, é, como se vê, uma conduta coletiva e se apóia na experiência vivida por um número indeterminado de pessoas que assim têm agido cotidianamente, sem que normalmente sejam contrariadas em suas expectativas.

Note-se que essa confiança, denominada “fé pública”, manifestada através de um número significativo e indeterminado de pessoas, é algo próprio de uma coletividade, é um sentimento coletivo; não atos isolados de fé ou de credulidade de pessoas ingênuas ou ignorantes, como salienta **Manzini**.

Por isso é que se diz “pública”, não “individual” ou “singular”. Não comete, pois, crime contra a fé pública quem falsifica documentos de modo grosseiro, constatável mediante simples exame ocular ou observação superficial do comum das pessoas. A fé pública, nesse caso, não é iludida, embora alguma pessoa ingênuas possa vir a sê-lo. O mesmo se diga em relação à falsificação de moeda. Para caracterização dos delitos que se agrupam sob esse título, exige-se, pois, como nota fundamental, que a ação criminoso produza algo com aptidão para enganar um número indeterminado de pessoas, não apenas uma certa vítima incauta ou deficiente em suas faculdades de percepção. Nesta última hipótese, poderá ocorrer crime de outra natureza, não o que se tem por lesivo à fé pública.

6. Em geral, os delitos contra a fé pública se classificam da seguinte forma:

a) falsificação de moedas, papéis representativos de valores e crimes assimilados;

- b) falsidade documental e de certificação ou de símbolos de autenticação;
- c) falsificação de identidade ou de dados sobre o estado das pessoas;
- d) figuras assimiladas.

Outras falsidades, como o falso testemunho, a falsa perícia, a calúnia, a denúncia caluniosa, a falsificação de marcas e patentes, o cheque sem fundos, o estelionato etc., não se consideram, entre nós, delitos ofensivos à fé pública, tendo sido deslocados para outros títulos do Código.

7. Penso, todavia, que o Código, bem como o Anteprojeto de reforma da Parte Especial, omitiram uma hipótese que mereceria situar-se entre os delitos em exame – a falsificação de pesos, medidas e balanças, prevista entre os delitos de **falsum** no art. 248 do Código Penal suíço e no de igual número do Código Penal português.

É certo que a nossa lei de crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), no art. 2º, XI, prevê, como crime, a ação de fraudar pesos e medidas ou de possuí-los fraudados. Todavia, segundo penso, no sistema do Código, a hipótese é, evidentemente, de lesão à fé pública, pelo que a pena de 6 meses a 2 anos de detenção, prevista na referida lei, não se coaduna com o maior rigor das que constam do Código, no Título em exame.

De resto, desnecessário será pôr em destaque a gravidade e a potencialidade lesiva dessa conduta que, como crime de **falsum**, de natureza formal, encontraria punição mais eficiente.

II - Duas observações sobre alguns crimes em espécie

a) Falsificação e estelionato: concurso formal e antefato impunível

8. É muito conhecida a polêmica em torno da possibilidade de concurso entre o falso e o estelionato: concurso formal, material ou crime único. Na jurisprudência se destacam quatro posições, conforme notícia **Celso Delmanto**: 1) o estelionato absorve o falso; 2) concurso formal; 3) prevalece o falso sobre o estelionato; 4) concurso material.

Há decisões, elencadas pelo autor citado, em todos esses sentidos.

9. Conhecida é a posição do Supremo Tribunal Federal em prol do concurso formal entre o falso e o estelionato, como foi preconizado pelo malogrado Código de 1969 (RE nº 106.978, 1ª Turma, Rel. Min. Oscar Corrêa; RE nº 107.797, 2ª Turma, Rel. Min. Célio Borja).

10. Penso que, de um ponto de vista doutrinário, essa orientação pode ser

reputada correta na hipótese em que o **falsum**, utilizado como meio para o estelionato, mantenha potencialidade residual para a prática de outros delitos, conservando, assim, certa autonomia em relação ao estelionato. Daí poder-se afirmar que, nessa hipótese, com uma única ação complexa, o agente realiza, a um só tempo, dois tipos penais. Exemplo: alguém falsifica uma procuração com poderes limitados para receber e dar quitação e, com isso, consegue receber, fraudulentamente, certa dívida assinando o recibo como mandatário do credor. Nessa hipótese, a procuração, que continua existindo, não se exaure no recebimento em foco, possibilitando novas fraudes, pelo que seria de todo errôneo afirmar-se sua absorção completa por aquela ação isolada de estelionato. A solução, no caso, seria realmente a preconizada pelo Código de 1969, art. 343, ou seja, concurso formal entre o falso e o estelionato.

11. Não me parece, entretanto, ser essa a melhor opção quando o **falsum** se exaure, completamente, na fraude do estelionato, constituindo aquele trânsito necessário e exclusivo para a prática deste. Exemplo: alguém falsifica o recibo, em nome do credor, e, com isso, consegue receber fraudulentamente certa dívida. Nesta hipótese, consumado o estelionato, o recibo não tem outra utilidade. O **falsum** se esgota, perde potencialidade lesiva, deixa de ter qualquer outra finalidade. Pede, pois, ser considerado exclusivamente o meio empregado para a prática do estelionato, sem deixar resíduos.

Quando isso ocorre, temos sustentado que a solução mais correta seria a aplicação do *princípio da consunção*, para evitar-se o **bis in idem**, considerando-se o **falsum** antefato impunível, se abarcado e consumido inteiramente pela fraude, que constitui elemento essencial do estelionato.

Tal solução, que distingue entre **falsum** não inteiramente absorvido pelo estelionato e **falsum** totalmente consumido pelo estelionato, é a que temos preconizado em nossos *Princípios Básicos* (4ª edição).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se nesse sentido, **in verbis**:

Súmula nº 17 “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

b) Falsificação de fotocópias e de outras reproduções mecânicas

12. As reproduções mecânicas de documentos (fotográficas, xerox ou por outros meios) têm hoje trânsito livre pelas repartições públicas e até na Justiça. O Código de Processo Civil considera as reproduções de documentos,

“desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório”, com o mesmo valor probatório dos originais (art. 365, III).

Já as reproduções mecânica-fotográfica, cinematográfica ou de outra espécie – têm validade probatória relativa, dependendo de sua confirmação, em juízo, pela parte contra quem foi produzida, ou pelo exame pericial (art. 383 e parágrafo). As cópias e fotocópias de documento particular têm o mesmo valor do original, se conferidas e certificadas em sua conformidade ou se comprovada a respectiva autenticidade (art. 385 e parágrafos).

O Código de Processo Penal dispõe:

“Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.”

13. Conforme se infere dos dispositivos legais acima mencionados ou transcritos, as fotocópias ou reproduções mecânicas constituem elementos de prova sujeitos à *verificação de sua conformidade* quando não autenticadas. Se autenticadas, são verdadeiros documentos com o mesmo valor do original.

É a lição de **Nelson Hungria** para quem as reproduções, não sendo autenticadas, “não são documentos”.⁴ No mesmo sentido, **Heleno Fragoso**⁵ e **Júlio Mirabete**⁶. E não são documentos – acrescentamos – porque não valem por si mesmas, quando não autenticadas, isto é, dependem de comprovação da autenticidade. É um papel sujeito à verificação como condição de sua aceitação.

Heleno Fragoso, após referir-se a certa corrente que reconhece na fotocópia, seja ou não autenticada, o caráter de documento, conclui: “perante o nosso direito, não temos dúvida em afirmar que a reprodução não autenticada de documento, por sua inaptidão probatória, não pode ser objeto dos crimes de falsidade documental. Uma vez autenticada, a cópia tem o mesmo significado do original.”⁷ Quanto ao valor documental da fotocópia autenticada não há dúvida, pois nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal. (RHC nº 52.876, Rel. Min. Rodrigues Alckmim, RTJ nº 74/20).

14. Pensamos que assim deva ser, pois, inexistindo a autenticação, que dá – ao documento o mesmo valor do original (art. 365, III, do CPP, e 232, parágrafo único, do CPP), trata-se de papel sujeito à verificação, sem potencialidade

4. Comentários, cit., IX, p. 256.

5. Lições de Direito Penal, Parte Especial, II, p. 326.

6. Manual de Direito Penal, v. 3, p. 219.

7. Op. cit., p. 326.

para lesar a fé pública. Nesse sentido, julgado do STF (HC nº 60.984, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 108/152). É óbvio que a utilização de reproduções não autenticadas, em prejuízo alheio, poderá constituir crime de outra natureza, não contra a fé pública.

15. O Anteprojeto de reforma da Parte Especial contém, no art. 306, sob a rubrica “documento por equiparação”, esta disposição: “Equipara-se a documento, para os efeitos penais, a representação de fato ou circunstância, juridicamente relevante, mediante processo técnico, mecânico, eletrônico ou qualquer outro meio”.

Com essa equiparação – se vier a ser aceita pelo legislador – o conceito de documento, entre nós, amplia-se para alcançar, também, formas não escritas, de que são exemplos o disco, a fita gravada, a fotografia, o filme e (por que não?) as fotocópias, xerox, fac-símiles, embora não autenticadas.

Considero criticável essa orientação, sobretudo porque não veio acompanhada da indispensável criminalização de certos processos de adulteração ou falsificação técnica desses produtos ou de modificações dos aparelhos que os reproduzem, para que não se deixem impunes as falsificações por meio de emprego de sofisticada tecnologia.

Como está, é muito provável que a inovação, se vier a vigorar, introduza, entre nós, novo complicador em um tema já bastante polêmico, produzindo mais confusão do que benefícios.

III - Crime formal ou delito de intenção

16. A classificação dos delitos em determinadas categorias constitui uma operação que não oferece certeza absoluta ou resultados isentos de reparos. Entre nós, os delitos de *falsum* têm sido incluídos entre os denominados *crimes formais*, em oposição aos *crimes materiais*. Os primeiros seriam crimes de ação e os segundos de ação e resultado.⁸ Isso não significa, porém, que nos crimes formais esteja necessariamente ausente um resultado naturalístico, como já observou **Manoel Pedro Pimentel** (na falsificação, por exemplo, exige-se o falsificado).⁹

Entre os alemães, **Jescheck** classifica os delitos de moeda falsa e de falsificação documental entre os “delitos de intenção”, mais especificamente, “delitos mutilados de dois atos”¹⁰, ou seja, aqueles em que o agente, por

8. **Bettiol**, *Diritto Penale*, 7ª ed., p. 254.

9. Crimes de Mera Conduta, pp. 84-6.

10. Cf. Princípios Básicos de Direito Penal, 3ª edição, pp. 138-9.

sua atuação, quer produzir um resultado situado além da previsão do tipo objetivo.¹¹

17. Considero importante esta segunda posição, que põe em destaque a incongruência da maioria dos tipos de **falsum**, já que o dolo nesses tipos deve ter um alcance maior, uma extensão maior que a do tipo objetivo: o agente quer algo além do resultado naturalístico previsto no tipo. Exemplo: na falsificação de moeda, o ato de falsificar supõe a intenção de introduzir o dinheiro falso em circulação, resultado, porém, não exigido pelo tipo do art. 289, **caput**, do Código Penal para a consumação do delito de moeda falsa. Na falsificação documental, o agente quer o uso do documento falsificado, resultado não exigido pelos tipos dos arts. 297 e 298.

Esta segunda posição explica melhor, a meu ver, a existência de mero exaurimento ou pós-fato impunível, quando o autor da falsificação introduz a moeda falsa em circulação (§ 1º do art. 289) ou faz uso do documento falsificado (art. 304).

Da mesma forma, seria discutível a existência do crime quando fosse manifesta e comprovada a inexistência da intenção de pôr em circulação ou de usar tais papéis, por quem os produziu. Exemplo: um colecionador que, para simples ostentação, falsifica e guarda consigo, sem jamais usá-lo, certo documento.

18. O tema dos crimes contra a fé pública é vasto e se pretendêssemos esgotá-lo certamente aqui permaneceríamos por muito tempo ainda.

Não foi esse, porém, o nosso intuito.

11. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 437.

Fluxos de Cadeia ou de Caixa – O Exaurimento da Instância Administrativo-Fiscal como Condição de Procedibilidade para a Ação Penal

Edson Carvalho Vidigal

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A idéia de que o Direito Penal não é a solução mais inteligente para os problemas de caixa do Governo vem se impondo, felizmente, à compreensão das mentes que decidem.

Prova disso é a Lei nº 9.430/96:

“Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro do 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no **caput** do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.”

Não se trata, a toda evidência, de cerceamento da ação institucional do Ministério Público. O que a lei restringe é a ação da repartição fazendária, proibida agora, – como esteve quando da vigência da Lei nº 4.357/64, art. 11, § 3º, – de remeter papéis, para fins de denúncia, ao Ministério Público, enquanto não se concluir, no processo administrativo, sobre a existência ou não da obrigação tributária.

Isto é, o crime em tese contra a ordem tributária somente despontará, em princípio, configurado ao término do procedimento administrativo. Não é mais um simples auto de infração, resultante quase sempre de apressadas conquantomensas inspeções, o instrumento com potencialidade indiciária suficiente para instruir uma denúncia criminal.

Portanto, não há nenhuma inconstitucionalidade nisso. Inconstitucionalidade é quando a lei, em seus requisitos formais e materiais, não encontra adequação com a Constituição; ou seja, quando a sua proposição soa esqui-

sito e colide com a harmonia que resume em si o corpo e o espírito da Constituição.

Ora, essa Lei nº 9.430/96, art. 83 e seu parágrafo único, não apenas melhora as coisas para o Ministério Público na medida em que, prudentemente, reduz o fluxo de representações para fins penais nem sempre consistentes, sem provas suficientes, como tem ocorrido muitas vezes, como também melhora quanto à afirmação de um sagrado Direito Constitucional – o da presunção da inocência.

Nenhuma ação de qualquer agente público pode prescindir da eficácia. Não agir com eficácia é desperdiçar tempo no serviço público. E como quem paga a conta é sempre o contribuinte, não agir eficazmente é desperdiçar dinheiro público.

Muito equívoco imaginar que essa lei cerceia a ação institucional do Ministério Público. O que ela faz, muito ao contrário, é agregar à nobre ação institucional do Ministério Público um valor maior chamado eficácia, no sentido de praticidade e objetividade. Essa é a orientação imposta pelos desafios do Estado moderno. Sem esse sentido de prática e de objetividade, de consciência, nas ações do poder público o Estado continuará lento e caro e os cidadãos cada vez mais reféns da burocracia.

Nenhuma dúvida, portanto.

A Lei nº 9.430/96, art. 83, refere-se à representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Diz que essa representação fiscal para fins penais será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do débito tributário correspondente.

Não quer dizer que, diante dos papéis requisitados ou do relatório do inquérito policial, tenha o Ministério Público que, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Representação fiscal para fins penais não pode ser entendida, à luz do Direito Processual Penal, como simples comunicação do fisco, apenas uma notícia-crime para o Ministério Público proceder conforme achar melhor. *Representação fiscal para fins penais* há que ser entendida como condição de procedibilidade, sim. A expressão – *representação fiscal para fins penais* – se reveste de condição técnica, não cabendo outra leitura, senão a que apreenda o seu sentido técnico.¹

1. Conforme anota o Professor **David Teixeira de Azevedo**, da Universidade de São Paulo: “Considerar que a representação aludida no dispositivo significa tão-só mera comunicação ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá *sponte* própria iniciar o procedimento investigatório preliminar e apresentar subsequente denúncia, é votar o dis-

A determinação de se exaurir antes a via administrativa, digo eu, para só depois se acionar a instância judicial-criminal já constou de lei mais antiga, no caso, a Lei nº 4.357/64, em seu:

“Art. 11.

.....
§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência de crime, logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.”

No ano seguinte, em 14 de julho, surgiu a Lei nº 4.729/65 definindo os crimes de sonegação fiscal. Foi o silêncio dessa lei quanto ao esgotamento da via administrativa antes das providências para fins criminais que levou o Supremo Tribunal Federal à Súmula nº 609 na qual prescreve que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

positivo à ociosidade, tornando absolutamente supérflua a norma. É também instituir à lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de um ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficiente para início da **persecutio criminis**!!! Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque, com a comunicação ou sem ela, o titular da **persecutio criminis** poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa, ainda, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público, com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se a acusação penal.

Se a lei impede a comunicação, chegando a instituir a representação, é por não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E se assim é, evidentemente que a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão após a decisão administrativa. Somente dessa forma se tem uma compreensão estrutural da legislação relativa ao relacionamento Fisco-Contribuinte, realizando-se um trabalho “constutivo de natureza axiológica, não só por se captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque (...) a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa” (Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 287). Esse caminho hermenêutico que, a um só tempo prestigia a literalidade do dispositivo e a teologia da norma, que colhe a intencionalidade do legislador e a finalidade da lei, põe-se na linha do que **Recansens Siches** denomina “lógica do razoável e do humano”, modelo exegético, segundo ele, conciliador e superador de todos os métodos de interpretação legislativa (RT 739, maio de 1997, pp. 477/78).

Com a Lei nº 8.137/90 sumiram os *crimes de sonegação fiscal* e surgiram os *crimes contra a ordem tributária*, crimes de dano.²

É importante não perder de vista essa distinção entre crimes de mera conduta e crimes de dano por causa de suas repercussões intensas no sistema jurídico-penal.

Ou seja, a supressão ou redução de tributos, por exemplo, de que trata a Lei nº 8.137/90, somente se realiza com o proveito do agente, com a obtenção do resultado. Ora, isso depende de aferição do setor fazendário, na via administrativa. Só na conclusão do processo administrativo, assegurada a ampla defesa ao acusado, é que se poderá falar, em regra, em lesão à ordem tributária, mediante a supressão ou redução de tributos.

Repetir que as instâncias administrativa e penal são distintas, não muda nada. Não se confundem mesmo. Isso foi imaginado para impedir que a demora excessiva do processo administrativo resultasse, ao final, em prescrição da pretensão punitiva, livrando das sanções penais cabíveis quem resultasse condenado por sonegação, na via administrativa.

O que não é mais possível, agora, é deixar que, por conta disso, desse quase dogma, se deixe correr desenfreada a ação penal contra acusados de crimes como esses, de supressão ou de redução de tributos, crimes de dano que só se realizam com a materialização do resultado pretendido.

A simples lavratura do auto-de-infração não serve para embasar denúncia por crime de sonegação. E é nesse sentido que se direciona a disposição da Lei nº 9.430/96, art. 83, e parágrafo único.

Há que se exaurir a instância administrativa, assegurando-se aos acusados todas as garantias constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. Só depois, comprovada a lesão efetiva ao erário através da supressão ou da redução do tributo devido, é que – manda a lei – deve o Estado iniciar a persecução criminal.

Sob a relatoria do Ministro Paulo Brossard, (**Habeas Corpus** nº 71.7881-PR, DJU de 04.11.94, p. 29.830), o Supremo Tribunal Federal, reformando

2. Numa análise comparativa entre os dois diplomas legais, Aristides Junqueira Alvarenga, então Procurador-Geral da República, anotou que “todos os tipos penais definidos na Lei nº 4.729/65 foram objeto de novo tratamento pela Lei nº 8.137/90, a autorizar conclusão de que a Lei nº 4.729/65 foi revogada pela Lei nº 8.137/90, restando daquela apenas o artigo que deu nova redação aos §§ do art. 334 do CP, concernente aos crimes de contrabando ou descaminho”.

Assim, enquanto os chamados crimes de sonegação fiscal definidos pela Lei nº 4.729/65 configuravam crimes de mera conduta, os da Lei nº 8.137/90 configuram crimes de dano, “eis que o resultado danoso se realiza posteriormente à conduta do agente, conduta essa que constitui simples meio” (Crimes Contra a Ordem Tributária, Coordenador **Ives Gandra da Silva Martins**, Editora Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1995, p. 52).

decisão do Superior Tribunal de Justiça, trancou ação penal contra acusados de sonegação porque se resolveu na via administrativa que os produtos objetos da alegada sonegação não constavam da lista de semi-elaborados, sendo, portanto, industrializados imunes ao ICMS, nas exportações.

Não se tratou naquele caso, evidentemente, de condição de procedibilidade. Houve um auto-de-infração, peça provisória, contra o qual o acusado de sonegação recorreu para se constatar, ainda na via administrativa, que a infração alegada não existiu, não existindo, também, por conseguinte, crime em tese imputado em denúncia tecnicamente perfeita, ensejando ao STF rechaçar a alegação de que era inepta.

Fosse o Relator daquele **habeas corpus** escudar-se tão-somente na teoria da independência das instâncias, administrativa e penal, ter-se-ia consentido numa injustiça, pois o prosseguimento da ação penal configuraria enorme constrangimento ilegal, que somente se extingiria, ao final, com a sentença absolutória.

Helena Cláudio Fragoso lembra, em Jurisprudência Criminal, decisão do Tribunal Federal de Recursos entendendo que “à ação penal pelo crime de sonegação fiscal há que se proceder a instauração do processo fiscal supedâneo da ação penal” (DJ de 19.06.72, p. 3.932). Para o grande criminalista, “o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos, envolvendo necessariamente um ilícito fiscal. O ilícito penal – conclui – constitui um plus em relação a este, mas não pode subsistir sem ele”.

A ação penal por delitos contra a ordem tributária é pública incondicionada. Basta ao Ministério Público que lhe cheguem as provas indiciárias suficientes à configuração do crime em tese, sem dúvidas quanto à materialidade e autoria, para que promova a instauração do procedimento criminal.

Nada impede que o Ministério Público requisite, a qualquer tempo e de onde quiser, informações necessárias ao desempenho de sua função institucional. Mas é lógico que para denunciar alguém por sonegação precisará de provas indiciárias suficientes, as quais, em regra, não são obtidas antes que se conclua o procedimento administrativo. Denúncia sem base consistente é inepta, e denúncia inepta é causa de nulidade do processo³.

3. E a esse respeito, **Hugo de Brito Machado**, grande tributarista, festejado Professor da matéria:

“Nos termos do Código Tributário Nacional compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (...) Assim, nenhuma autoridade que não seja a responsável pela administração tributária pode dizer que

É o próprio Chefe do Ministério Público Federal, titular da ação penal pública incondicionada, quem dá o exemplo de prudência e respeito aos direitos constitucionais de um acusado, na forma da lei. Assim, nesse caso de competência originária do Supremo Tribunal Federal, por que não também quanto aos demais?

A propósito, a Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 83 da Lei nº 9.430/96 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República muito antes desse seu prudente posicionamento.

Oportuno registrar que nesse quesito – inconstitucionalidade – não há, até aqui, nada de definitivo. Apenas a liminar na malsinada ADIn. Liminar passível de ser cassada pelo próprio relator ou pelo colegiado. Assim, não existe decisão com força suficiente para gerar efeito vinculante. O Supremo Tribunal Federal declara, mediante **quorum** qualificado, a inconstitucionalidade de uma lei. Mas quem a suspende, retirando-a de fato, do ordenamento jurídico é o Senado Federal.

O certo, portanto, é que a Lei nº 9.430/96, art. 83 e parágrafo único, se mantém no universo jurídico do País e, como é óbvio, com eficácia retroativa.

Ora, se não há na lei palavras inúteis, também não é inútil a norma que o legislador inseriu no ordenamento jurídico. Qual o sentido da Lei nº 9.430/96, art. 83, e parágrafo único? Se a decisão administrativa, seja qual for ela, não tivesse qualquer repercussão sobre o processo criminal, nos crimes contra a ordem tributária, porque então aguardar-se a decisão final, para que se encaminhe a denominada representação fiscal ao Ministério Público?

O sentido foi este que o Chefe do Ministério Público Federal, diante de um caso concreto, entendeu. A Receita admitiu que errou e ele, Professor Brindeiro, ressalva: “Caso eu tivesse oferecido denúncia com base nas informações preliminares da Receita, corria sérios riscos, porque a decisão tomada agora é radicalmente diferente. Ainda é cedo para dizer o que se pode fazer”⁴.

Alguém já disse que só no Paraíso, o Éden que Deus doou a Adão e Eva, não se cobrou impostos. Benjamin Franklin escreveu que há jeito para tudo, menos para a morte e para os impostos. Realmente, no caso brasileiro, já estamos com uma carga tributária equivalente a 33% (trinta e três por cento) do PIB/Produto Interno Bruto. E o retorno em benefícios à sociedade? Des-

alguém é devedor de tributo. Ou, mais exatamente, nenhuma autoridade, que não seja a competente para fazer o lançamento, pode dizer que ocorreu certo fato gerador de obrigação tributária, ou, em conseqüência, dizer que ocorreu o inadimplemento de uma obrigação tributária, seja acessória, ou principal” - grifei (in Crimes contra a Ordem Tributária, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, RT, p. 118).

4. O Globo, RJ, 20.02.98, p. 4.

perdiça-se muito e não se cobra eficazmente de quem lucrando mais, pode pagar mais.

Lembrando o que eu disse no começo, o Direito Penal não serve para resolver os problemas de caixa do Executivo.

O débito tributário vincula-se estreitamente à tipicidade penal. Como processar alguém, criminalmente, por sonegação fiscal, quando não se tem, ainda, evidente o que foi sonegado? A discussão na via administrativa resulta como único recurso diante do direito constitucional do contribuinte à presunção de inocência. A prudência do legislador mais recente (Lei nº 9.430/96, art. 83) estanca a iniciativa do Ministério Público, titular da ação penal, até que se conclua o processo administrativo⁵.

Não se cogita aqui criar-se, pela jurisprudência, um manto sagrado para proteger quem sonega impostos. O País tem perdido muito com a evasão fiscal. No combate a essa evasão, no entanto, direitos constitucionais individuais têm sido, muitas vezes, desrespeitados.

A ordem jurídica não é um estoque de lâminas com as quais o Estado vá se armando para intimidar cidadãos ou até para feri-los em seus direitos, conforme cada situação.

Por tudo isso, tenho sustentado que o exaurimento da instância administrativo-fiscal, para a apuração da responsabilidade tributária, é condição de procedibilidade para a propositura da Ação Penal. E assim tenho votado, na esperança de que o debate induza, os demais que julgam, a novas reflexões, de modo a que a nossa jurisprudência possa evoluir também quanto a esse delicado tema.

5. Cabe aqui lembrar **Eduardo Reale Ferrari**, Professor de Direito Penal na PUC-SP, para quem “o instrumento recursal não tem qualquer relação à tipicidade objetiva, a ponto de tornar a conduta atípica toda vez que utilizado.”(...)

“Pragmaticamente – aduz **Ferrari** – parece-nos que a solução a ser conferida para a tormentosa discussão já está presente na nossa atual legislação penal e processual penal, bastando reconhecer-se a dúvida tributária como verdadeira questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal. Partindo do pressuposto de que a persecução penal instaurada pelo Ministério Público está dependente da certeza do débito tributário, configuramos possível qualificar o tributo como um antecedente lógico-jurídico da questão penal, objeto do processo criminal fiscal. Tal antecedência lógico-jurídica é definida entre os doutrinadores como questão prejudicial, sendo essa para **Manzini** “questão jurídica cuja solução constitua um pressuposto para a decisão da controvérsia submetida a juízo”. *A controvérsia, portanto, quanto à existência ou não do tributo, conduz à instauração de uma prejudicial de mérito da ação penal, cabendo ao julgador suspender o processo criminal, enquanto não decidida a questão tributária, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal* (grifei). “Concomitante à suspensão do processo criminal, razoável será a suspensão da prescrição procedimental, nos termos do artigo 116, I, do Código Penal, não fazendo sentido possibilitar-se o andamento da prescrição penal quando presente uma prejudicial. A suspensão da prescrição, nesse aspecto, configura-se como ponto de equilíbrio e justiça à instauração da prejudicial” (Boletim IBCCrim, nº 50, p. 6).

Subscrevo este entendimento.

Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial (*)

Athos Gusmão Carneiro

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

O recurso extraordinário e seu desdobramento

Os recursos podem ser classificados em *recursos comuns e recursos extraordinários*. Sem maior análise doutrinária, poder-se-á dizer que os recursos comuns respondem *imediatamente* ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu; como regra geral, assim, fundamental para a admissão do recurso é apenas o fato da *sucumbência*. Em determinados casos exige-se um *plus*, como, *v.g.*, o da existência de voto divergente como pressuposto ao cabimento dos embargos infringentes do julgado oponíveis contra acórdão.

O *recurso extraordinário*, no direito *brasileiro*, sempre foi manifestado como *recurso propriamente dito* (interposto, portanto, no *mesmo* processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal. Tem, pois, um caráter político, como bem observou **Enrique Vescovi** (*Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica*, B. Aires, Depalma, 1988).

O interesse privado do litigante vencido funciona, então, mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, todavia, liga-se à existência de uma questão federal constitucional ou infraconstitucional, à defesa da ordem jurídica no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu **Pontes de Miranda**, a “inteireza positiva”; a “autoridade”; a “validade” e a “uniformidade de interpretação”.

Com a promulgação da vigente Constituição Federal, o recurso extraordinário previsto no sistema constitucional anterior foi desdobrado em *recurso extraordinário stricto sensu* – RE e *recurso especial* – REsp, aquele destinado precipuamente à tutela das normas constitucionais e com julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, III); este, o recurso especial, voltado à tutela da lei (ou tratado) federal, com julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III).

(*) Estudo revisado e atualizado em novembro de 1998.

Da instituição do Superior Tribunal de Justiça

São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça, e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada crise do Supremo Tribunal Federal, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, postos a cargo dos integrantes do excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua função de Corte constitucional, também uma multiplicidade de recursos provenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade.

Óbices jurisprudenciais e regimentais à admissão do recurso extraordinário revelaram-se de proveito limitado, e de certa forma transitório, na medida em que o elevado número de processos reavivou a crise. A experiência com o instituto da “relevância da questão federal”, cercada de rígidos pressupostos procedimentais, sob certo ângulo repôs o recurso extraordinário em sua destinação essencial; mas, de outra parte, veio a suscitar restrições pelos litigantes e advogados, desejosos de maior amplitude no acolhimento de irresignação dirigida a um tribunal nacional.

A instituição do Superior Tribunal de Justiça atendeu a tais reclamos. A uma, liberando o Supremo Tribunal Federal para um menos atribulado exercício de sua missão maior, de custódia da Constituição Federal e órgão tutelar dos direitos e garantias individuais. A duas, com a substituição do Tribunal Federal de Recursos, até então principalmente tribunal de 2º grau da Justiça Federal, por cinco Tribunais Regionais Federais, melhor aparelhados para servir como instância recursal ordinária das decisões dos juízes federais.

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça, como tribunal nacional, posto acima dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados, irá exercer, sem óbices regimentais, a tutela da legislação federal infraconstitucional, nos casos previstos na Lei Maior.

Diga-se que a idéia da criação de um tribunal nacional, buscando liberar o Pretório excelso da matéria infraconstitucional, não era propriamente uma idéia nova. Fora preconizada já em 1963 por **José Afonso da Silva**, em clássica obra sobre o recurso extraordinário. Posteriormente, em 1965, em Simpósio na Fundação Getúlio Vargas, juristas como **Seabra Fagundes**, **Alcindo Salazar**, **Miguel Reale**, **Levi Carneiro**, **Caio Tácito**, **Frederico Marques**, **Caio Mário Pereira** e outros, propugnaram pela instituição de um tribunal para o julgamento dos recursos extraordinários em matéria não-constitucio-

nal (vide relatório publicado na Revista de Direito Público e Ciência Política, da aludida Fundação, v. VIII, tomo 2).

Origens do recurso especial

O recurso especial, já o frisamos, é um “recurso extraordinário”, com diferente denominação a fim de distingui-lo em função da matéria (infraconstitucional) e do tribunal de destino. Podemos, pois, afirmar que sua inspiração remonta ao *writ of error* previsto no *Judiciary Act* de 1789, dos Estados Unidos da América do Norte, posteriormente denominado *appeal*, e ampliado pelo *writ of certiorari* como forma de levar à Corte Suprema daquele país o exame de pronunciamentos de tribunais locais. Anoto que Cláudio Santos, Ministro aposentado do STJ, vincula o recurso especial mais aos recursos de cassação, e remotamente à velha **querela nullitatis**.

No Brasil o apelo extremo, desconhecido ao tempo do Império, mereceu acolhida no Decreto nº 848, de 1890, que organizou a Justiça Federal, e resultou incorporado à primeira Constituição republicana, de 1891, art. 59, § 1º. O nome de “recurso extraordinário” surgiu, no entanto, no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando à Lei nº 221, de 20.11.1894 (melhor, à Lei nº 1.939, de 1907) e aos diplomas subseqüentes (**Barbosa Moreira**, Comentários ao CPC, Forense, v.V, 7ª ed., 1998, nº 316; **Nelson Luiz Pinto**, Recurso Especial para o STJ, Malheiros Ed., 2ª ed., 1996, pp. 41/43).

Pela Constituição vigente, a competência do Superior Tribunal de Justiça desdobra-se, como igualmente ocorre com a competência do Supremo Tribunal Federal, em competência originária, competência em recurso ordinário e competência em recurso extraordinário, nominado como recurso especial.

Dispõe o art. 105, III, da Lei Maior:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

.....
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação diferente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.”

Na expressão de **Arruda Alvim**, ao STJ “coube matéria vital, qual seja a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal *não constitucional*, assegurando-lhe validade e bem assim uniformidade de interpretação. A função do recurso especial é uma exigência síntese do Estado federal em que vivemos” (art. dout. na coletânea Recursos no STJ, Ed. Saraiva, 1991, p. 155).

Requisitos de admissibilidade do recurso especial

Analisando os *requisitos de admissibilidade* do recurso especial, teremos em primeiro lugar, sem maiores peculiaridades, os pressupostos dos recursos em geral: a *tempetividade*, a *legitimidade* para recorrer, a *regularidade formal* do recurso.

No alusivo ao pressuposto do *preparo*, no Superior Tribunal de Justiça não são “devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal” – RISTJ, art. 112. Todavia, no conceito de custas não se incluem as despesas de porte dos autos, e assim restou definido na Súmula nº 187, aprovada pela Corte Especial aos 21.05.1997:

“Súmula nº 187. É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.”

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado “inexistente” (como se não houvesse sido protocolizado) o recurso “interposto por advogado sem procuração nos autos”, não sendo sequer permitida a ratificação do processo com a juntada **a posteriori** do instrumento de mandato.

Impende examinemos, a seguir, e sempre de forma concisa, os pressupostos específicos do recurso especial inerentes à sua natureza, ou decorrentes de orientação jurisprudencial.

Conceito de ‘causa’

O conceito de *causa*, quer em tema de recurso extraordinário **stricto sensu**, como de recurso especial, é o mais amplo: abrange a totalidade dos processos em que tenha sido proferida decisão jurisdicional, tanto em jurisdição contenciosa como na denominada jurisdição voluntária. É o magistério de **Castro Nunes**:

“O texto constitucional emprega a palavra *causas* no seu sentido mais

amplo e compreensivo. É todo procedimento em que se decida do direito da parte. Não é preciso que seja, formalmente, uma ação. Qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é uma *causa* para os efeitos do recurso extraordinário. Aliás, é essa acepção que corresponde à palavra *causas* na terminologia forense – processos judiciais, *seja qual for a sua natureza, ou fim*” (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 328) (grifamos).

Dúvidas subsistem em alguns casos. Assim, por exemplo, no que toca a arestos proferidos em apelação de sentenças em *processo de dúvida*, suscitada por oficial de registro público. No Supremo Tribunal Federal, decisões existem em ambos os sentidos: pela *admissão* do recurso extremo, v.g., o aresto da egrégia 1ª Turma, in RTJ 84/151, proferido em 08.03.1977, rel. o Min. Rodrigues Alckmin; pelo *não cabimento*, quando não houver contraditório entre partes interessadas, mas apenas entre o requerente e o serventuário, a egrégia 2ª Turma no RE nº 85.606, ac. de 01.06.1979, in RTJ 90/193, e a egrégia 1ª Turma, em aresto mais recente, de 17.03.1981, no RE nº 91.236, in RTJ nº 97/1.250.

Em tema de *reclamação*, ou *correição parcial*, predomina a tese da inadmissibilidade do apelo extremo, salvo se na correição houver sido apreciado “algo pertinente ao mérito”.

Ainda o Conceito de ‘causa’

À evidência, não cabe recurso extremo das decisões tipicamente administrativas, ainda que exaradas em procedimentos censórios proferidos pelos tribunais no exercício de sua atividade de autogoverno do Poder Judiciário e da magistratura.

Como bem referiu o Ministro Celso de Melo, “a expressão ‘causa’ designa, na realidade, qualquer procedimento em que o Poder Judiciário, desempenhando a sua função institucional típica, resolve ou previne controvérsias mediante atos estatais providos de *final enforcing power*. É-lhe ínsita, enquanto estrutura formal em cujo âmbito se dirimem, com carga de definitividade, os conflitos suscitados – a presença de um ato decisório proferido em sede jurisdicional”(ADIn nº 1.098-SP).

Nestes termos, não cabe recurso extraordinário ou recurso especial de decisão proferida pelo Presidente de tribunal no processamento de *precatório*, a saber:

“A atividade desenvolvida pelo Presidente do tribunal, no processamento

do precatório, não é jurisdicional, mas administrativa. Também é administrativa a decisão do tribunal tomada em agravo regimental interposto contra despacho do presidente na mencionada atividade. Precedente do STF: ADIn nº 1.098 – SP” (Ag. Reg. no RE nº 200.772, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 13.03.1998, p. 9).

No mesmo sentido, v.g., RE nº 202.036, rel. Min. Ilmar Galvão, in Boletim do STF, nº 100, fev. 1998; RE (Ag Reg) nº 209.737, rel. Min. Carlos Velloso, in Boletim do STF, nº 98; Recurso Especial nº 140.113, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 23.03.1998, p. 30, ac. de 09.12.1997.

O Min. Néri da Silveira negou seguimento ao RE nº 117.670, interposto de arresto pelo qual o TJ da Paraíba negara averbação no tempo de serviço de magistrado, por cuidar-se de decisão proferida pela Corte no exercício de função administrativa típica (DJU de 26.03.1998, pp. 28-29, dec. de 27.02.1998).

Igualmente descabe o recurso extraordinário ou o recurso especial de decisões proferidas por “Tribunais” administrativos, como o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes, etc., cuja atividade é tipicamente de administração e sujeita ao controle do Judiciário (no Brasil, vigora o sistema da “unidade” da jurisdição, ou seja, o Poder Judiciário exerce o monopólio da jurisdição).

O recurso especial e os juizados especiais

O recurso especial deve voltar-se contra decisão, exclusivamente, de Tribunal Regional Federal, de Tribunal de Justiça estadual ou do Distrito Federal, ou de Tribunal de Alçada estadual. Inadmissível contra decisão de Tribunal trabalhista, eleitoral ou militar federal. Caberá o recurso, todavia, contra decisão de Tribunal militar estadual que no âmbito de sua competência (penal) violar lei federal (CF, art. 125, §§ 3º e 4º).

O Superior Tribunal de Justiça tem considerado inadmissível o recurso especial contra decisão final de colegiado de 2º grau não alçado à categoria de “tribunal”, como as Turmas ou Câmaras Recursais dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995, arts. 41 a 46), e isso ainda que tais Turmas sejam, como ocorre no Estado da Bahia, integradas por desembargadores, pois não se inserem na estrutura do Tribunal de Justiça (REsp nº 48.136, DJU de 22.08.1994, rel. Min. Eduardo Ribeiro; Ag nº 91.674, DJU de 01.02.1996, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp nº 21.664, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 17.05.1993).

Esta orientação, pelo não cabimento de recurso especial em caso de deci-

são proferida por colegiado recursal de Juizado Especial, tem sido mantida em princípio, e assim decisão da 3ª Turma – STJ, sob a ementa: “As decisões dos Juizados Especiais para as causas cíveis de menor complexidade, ainda que adotadas por colegiados recursais, não comportam recurso especial” (REsp nº 151.692, DJU de 17.08.1998, p. 69, rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 21.05.1998).

No entanto, a mesma 3ª Turma do STJ, em aresto de 26.05.1998, Recurso Especial nº 63.999, veio a admitir o apelo especial se a decisão proferida pelo colegiado recursal do Juizado Especial for submetida à revisão pelo Tribunal de Justiça, como previsto em Lei estadual de Santa Catarina, editada *anteriormente* à Lei Federal nº 9.099/95. Consta da ementa: “É admissível (o recurso especial) em caso de interposição contra acórdão proferido por Tribunal de Justiça, no julgamento de embargos de divergência. Precedente do STJ: Recurso Especial nº 94.7230” (DJU de 24.08.1998, p. 70, rel. Min. Nilson Naves). O precedente aqui referido, do REsp nº 94.723 – SC, ac. de 09.04.1997, 2ª Secção, p.m.v. quanto à preliminar de admissibilidade, rel. Min. Eduardo Ribeiro, está na RSTJ 105/213, com amplo debate sobre o tema prefacial.

Da não admissão do recurso especial podem, por vezes, surgir graves problemas. E se a decisão desses colegiados contrariar abertamente a letra de lei federal, ou insurgir-se contra súmulas do tribunal local ou do STJ, ou julgar ultrapassando, às escâncaras, sua competência legal?

Esta última hipótese, de julgamento por juizado especial extrapassando os lindes de sua competência legal, encontrou previsão na Súmula nº 203, **verbis**:

“Súmula nº 203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida, *nos limites de sua competência*, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (grifamos).

A **contrario sensu**, cabe portanto o apelo extremo para que o STJ examine a validade da decisão de Turma recursal no alusivo ao tema da competência dos juizados especiais em razão do valor e da matéria, no plano infraconstitucional. Esta súmula apresenta incontestável valia pragmática, ainda que implique atípica exegese do art. 105, III, a, da Lei Maior.

Cumpra anotar, outrossim, que no âmbito do sistema dos juizados especiais não é admitida a *ação rescisória* – Lei nº 9.099/95, art. 59.

Será, todavia, admissível, em tese, o *mandado de segurança*? A nosso ver, nos devidos termos e ponderadas as limitações inerentes ao MS contra ato jurisdicional, cremos que sim, porque garantia constitucional. E como os

colegiados recursais são compostos por juízes de 1º grau, tais mandados de segurança deverão ser apreciados pelo Tribunal de Justiça, ante o nível hierárquico da autoridade apontada como coatora. O tema, no entanto, apresenta-se eminentemente polêmico, e cumpre lembrar o não-cabimento do *writ* contra decisões com trânsito em julgado (Súmula nº 268-STF). Contra decisão do juízo singular o **mandamus**, quando admissível, será processado e julgado pela Turma recursal.

Incabível o recurso especial contra decisões *singulares* de membros dos tribunais, as quais em princípio podem ser impugnadas pelo agravo regimental (**rectius**, ‘agravo interno’).

Observe-se que, em se tratando do recurso extraordinário propriamente dito, a Constituição não faz menção a “tribunal” prolator da decisão recorrida, mencionando apenas que a decisão deve ser de “única ou última instância” (CF, art. 102, III). Daí, em tese, a possibilidade do RE contra decisão de Turma recursal dos Juizados Especiais (STF, Pleno, Reclamação nº 459, j. 01.02.1994, DJU de 08.04.1994, p. 7.222).

A decisão de “única ou última instância”

Como decisão de “única ou última instância”, para o efeito de admissão dos recursos extraordinários em geral, deve compreender-se aquela de que *não mais caibam recursos ordinários* – Súmula nº 281. A decisão de tribunal estadual ou regional federal *tomada em agravo* mesmo com voto dissidente, ou *tomada em apelação* sem voz dissonante, e apontada como infringente de norma constitucional ou de lei federal, é pois decisão de última instância para efeito da admissão do recurso especial, e igualmente o é para a interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Não é decisão ‘de última instância’ a proferida por maioria de votos em ação rescisória, porque cabível o recurso ordinário de embargos infringentes, a teor do art. 530 do CPC, não sendo destarte tal decisão impugnável por recurso especial (STJ, 5ª Turma, REsp nº 134.087, rel. Min. José Arnaldo, ac. de 21.10.1997, in RSTJ 107/373).

A respeito, o STJ, por sua Corte Especial, editou em 01.04.1998 Súmula com o seguinte teor:

“Súmula nº 207. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

Também incabível o recurso especial contra acórdão denegatório de man-

dado de segurança julgado em única instância, porquanto o recurso próprio será o ordinário, previsto no art. 105, II, da Constituição (**Barbosa Moreira**, ob. cit., 7ª ed., nº 320, p. 574).

Obedecendo a critério lógico, nos casos de *interposição concomitante de ambos os recursos*, o processo subirá inicialmente ao STJ, pois é provável que eventual provimento do recurso especial prejudique a apreciação do extraordinário. Não provido o Recurso Especial, o processo será encaminhado ao STF, para o julgamento do RE. Assim dispõe o art. 543, § 1º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.94.

O recurso especial e a Súmula nº 86 – STJ

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar tema dos mais relevantes: caberia recurso especial de acórdão proferido em agravo de instrumento a respeito de “questão interlocutória”, portanto alheia ao mérito da causa?

A egrégia 1ª Turma, em certo momento, inclinou-se pela negativa, com arrimo principalmente ao argumento trazido com eloquência pelo Min. Demócrito Reinaldo, de que não haveria, em tais casos, ‘causa decidida’. A Corte Especial, todavia, apreciando Emb. Diverg. nos Recursos Especiais nºs 11.919 e 12.270, ac. de 25.03.93, fez prevalecer a tese tradicional, e daí resultou a edição da Súmula nº 86.

“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

Vale aqui aditar que, para estes casos, consoante o Projeto de Lei nº 4.070/1998 (sugerido pelo STJ e em tramitação na Câmara dos Deputados), é prevista a instituição de um recurso especial “retido nos autos”, e que “somente será processado se o reiterar a parte, no prazo de cinco dias após proferida a decisão final”.

Questão federal e lei federal

O recurso especial pressupõe a ocorrência de uma *questão federal*, ou seja, de uma questão de direito, **quaestio juris**, relativa à aplicação ou incidência de lei federal.

Afirmou-se, de início, que por *lei federal* cumpria entender não só a norma proveniente da atividade legislativa do Congresso, como qualquer outra oriunda

da União Federal: “No texto constitucional, a expressão ‘lei federal’ foi adotada **latissimo sensu**, para abranger qualquer regra de direito objetivo, que tenha como fonte a União” (**Sérgio Bermudes**, Comentários ao CPC, Ed. RT, v. VII, 1975, p. 254). Como alvitrou o Min. Pádua Ribeiro, do STJ, em palestra proferida em junho de 1989 no auditório da OAB/DF, “a expressão lei federal é empregada em sentido amplo, abrangendo, pois, decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos”. Igualmente **Frederico Marques**: “Lei federal significa Direito objetivo da União (ou Direito federal objetivo), porque compreende a lei formal e qualquer outro ato normativo do Direito federal, como, v.g., decretos, regulamentos, ou preceitos regimentais” (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 3º v., 2ª parte, 1975, nº 644).

Todavia, veio a prevalecer entendimento sugerido pelo Min. Cláudio Santos, com remissão a **Theotônio Negrão**: a expressão “lei federal” abrange apenas as leis, decretos e regulamentos, mais as leis estrangeiras aplicáveis conforme o DIP; não abrange as portarias ministeriais, as resoluções (como as do CMN ou do Banco Central), nem os atos normativos de autarquias, nem os convênios sobre matéria tributária (RTJ, 122/839), nem ‘avisos’ de Ministros ou provimentos da OAB, etc. (art. na coletânea Recursos no STJ, Ed. Saraiva, 1991, pp. 98-99). Assim também o magistério do Min. Carlos Mário Velloso (colet. cit., p. 36).

Já no Recurso Especial nº 9.182 (ac. de 10.08.92), de nossa relatoria, está na ementa que “não se admite recurso especial sob argüição de contrariedade a Resoluções administrativas, mesmo que de natureza normativa. A expressão “lei federal”, do artigo 105, III, da Constituição Federal, abrange *apenas as leis* e os respectivos *regulamentos de aplicação*”.

Tal orientação foi mantida pela 4ª Turma do STJ no REsp nº 58.618, j. em 18.04.1995, sendo rel. o Min. Sálvio de Figueiredo: “Portaria ministerial e resolução normativa não se qualificam como ‘lei federal’, na acepção em que é empregada a expressão na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição”.

E também a 3ª Turma, no REsp nº 50.504, j. em 22.08.1996, concluiu que o recurso especial “não é via idônea para se suscitar contrariedade a dispositivos de convênio firmado entre Estados. Precedentes do STJ: REsp nº 27.183, REsp nº 41.192 e REsp nº 39.002 (DJU de 16.09.1996, p. 33.713, rel. Min. Adhemar Maciel).

Também assim a 6ª Turma do STJ: “É inadmissível recurso especial fundado em alegação de respeito a portaria ministerial, que não tem natureza de lei federal” (REsp nº 67.766, DJU de 02.10.96, p. 47.726, rel. Min. Vicente Leal).

A questão de direito deve, necessariamente, dizer respeito à *lei federal*. Inadmissível, portanto, recurso especial em que se invoque ofensa ou divergência jurisprudencial relativamente à *lei estadual*, à *lei municipal* ou ao *direito local* do Distrito Federal ou dos Territórios. Tais questões se esgotam na jurisdição estadual ou local. Neste sentido, aplicável ao recurso especial a Súmula nº 280 do STF:

“Súmula nº 286. Por ofensa ao direito local não cabe recurso extraordinário.”

Em princípio, o STF igualmente repelia o recurso extraordinário quando a alegada ofensa fosse a Regimento Interno de tribunal – Súmula nº 399.

Se a norma de lei federal simplesmente *repete norma constitucional*, o recurso a ser interposto será o extraordinário, não o especial. Assim o REsp nº 54.439, rel. o Min. Adhemar Maciel: “Nesta Corte restou consolidado que não cabe recurso especial se o preceito infraconstitucional questionado é uma mera reprodução de dispositivo da Constituição Federal. Precedentes: REsp nº 116.799, rel. Min. José Delgado, DJU de 18.08.1997; Ag. nº 31.786, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 24.05.1993”.

De outra parte, “só há ofensa à lei federal de forma direta e frontal, e não oblíqua” (STJ, 1ª Turma, Ag. Reg. no Ag. nº 82.517, rel. Ministro José de Jesus Filho, ac. de 11.10.1995, DJU de 13.11.1995, p. 38.669).

Análise e apreciação dos fatos. Valorização da prova

Não se configura ‘questão federal’ na análise e apreciação dos fatos, tal como tiver sido efetuada no tribunal prolator da decisão impugnada. Assim a Súmula nº 279 – STF, e a Súmula nº 07 – STJ:

“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Adverte, todavia, **Barbosa Moreira**, e os magistrados bem sabem da justeza da afirmativa, que o problema é mais complexo do que possa inicialmente parecer, pois “a própria distinção entre questões de fato e questões de direito nem sempre é muito fácil de traçar com perfeita nitidez” (ob. cit., nº 323, p. 581). Cumpre anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, v.g.,

a aferição da data em que ocorreu determinado evento ('Boletim' do STJ, n.º 02/98, p. 47).

A questão da *valorização da prova*, no entanto, exsurge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo. A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckimin, em voto proferido no RE n.º 84.699/SE:

“O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui, baste certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do **ius constitutionis**.

Mas, quando, sem que a lei federal disponha sobre valor abstrato de certos meios de prova, o julgado local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal; pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao STF, sob color de 'valorar a prova', reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que se consideram mal-apreciadas) quanto a fatos das causas” (RTJ 86/558).

Exegese de cláusula contratual. Qualificação jurídica da manifestação de vontade

Não enseja recurso especial a exegese de cláusula contratual. Cabe às instâncias ordinárias definir o alcance do ato jurídico, atendendo mais à intenção dos manifestantes do que à literalidade da manifestação, a teor do art. 85 do Código Civil.

O Pretório Maior aprovou o Enunciado n.º 454 da Súmula: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”. No mesmo sentido, a Súmula n.º 05-STJ.

Como observou **Washington de Barros Monteiro**, citado por **Roberto**

Rosas (Direito Sumular, RT, 5ª ed., p. 197), a exegese do contrato pressupõe a perquirição do ato volitivo, a pesquisa da “real vontade do agente”, o que implicaria em reexame do material probatório, convertendo o Tribunal Superior em terceira instância.

Todavia, a *qualificação jurídica* de uma manifestação de vontade é **quaestio juris** que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário/especial. Em processo de que fomos relator, discutiu-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constituía ‘reversão’ de doação, ou doação condicional, ou doação **mortis causa**, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade é que determinou qual a lei incidente e, pois, condicionou o julgamento de mérito (REsp nº 444, 4ª Turma, ac. de 07.08.1990, RSTJ 15/233).

Do requisito do ‘prequestionamento’

Passemos ao tema da abrangência, no recurso especial, do pressuposto do *prequestionamento*, exigido para a admissão de uma determinada questão como objeto do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial. Como bem referiu o Min. Cláudio Santos, para os recursos constitucionais não vigoram os conhecidos brocardos **jura novit curia** e **da mihi factum, dabo tibi jus**: os tribunais superiores “aplicam, apenas, o direito invocado e somente solucionam o dissídio apontado pelas partes” (art. de doutrina cit., p. 103).

Todavia, para que uma determinada questão seja considerada como *prequestionada*, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido *decidida*, e decidida explicitamente (ainda que não imprescindível a expressa menção ao artigo de lei).

Na Súmula do STF, são dois os enunciados. Pelo Enunciado nº 282, “não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Pelo segundo Enunciado, de nº 356, “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Convém neste ponto reiterar que, com a vigente Constituição, tornaram-se inadmissíveis óbices *regimentais* ao cabimento de apelo extremo; mas podem permanecer os óbices *jurisprudenciais*, desde que inerentes à natureza mesma e finalidades do recurso.

A exigência do prequestionamento foi expressa desde a Constituição de 1891, cujo art. 59, III, a, dispunha: “... quando se *questionar* sobre a validade

de leis, ou aplicação de tratados ou leis federais, e a decisão for contra ela”. Em termos mais ou menos semelhantes às Constituições de 1934, 1937 e 1946, com a expressão “questionar” em algum dos incisos do permissivo do recurso extraordinário.

Embora a expressão não mais tenha constado da Carta Outorgada de 1967/69, o Pretório excelso manteve expressamente as referidas Súmulas nºs 282 e 356, em decisão plenária nos ERE nº 96.802, ac. de 12.05.83, sendo relator o Min. Alfredo Buzaid, em voto com farta remissão histórica e de direito comparado (RTJ, 109/299). Tais argumentos igualmente valem com relação à vigente Constituição de 1988, que aliás também omite a expressão “questionar”, quer no art. 102 – STF, como no art. 105 – STJ.

Para o Min. Costa Leite (palestra proferida na OAB/SP e publicada no jornal O Estado de São Paulo, ed. de 26.09.89), “a exigência do prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição”. Afastou, no entanto, “exageros ou formalismo”, admitindo o prequestionamento implícito, dispensando a indicação expressa do artigo de lei violado e dispensando, ainda, a necessidade de interposição de embargos declaratórios “para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido”.

O Min. Pádua Ribeiro, igualmente do STJ, manteve a exigência do prequestionamento, que considerou ajustada inclusive ao princípio da eventualidade; admite, todavia, o prequestionamento implícito em certos casos. Refere que nos *embargos declaratórios* não poderá o recorrente suscitar *questão nova*, mas apenas questão já anteriormente suscitada e sobre a qual, não obstante, o acórdão tenha sido omissivo.

Difícil, acrescentemos, é conceituar com precisão o que se deva entender como prequestionamento “implícito”, e esta dificuldade indica ao advogado, em casos tais, a alta conveniência na interposição de embargos de declaração.

Prequestionamento e preceitos de ordem pública

Impende sublinhar que o STJ tem exigido o prequestionamento mesmo em se tratando de alegação de ofensa a *preceitos de ordem pública*, tais como os alusivos à *incompetência absoluta* – Recurso Especial nº 19.845, ac. de 28.10.92, rel. Min. Américo Luz (RSTJ, 43/382), orientação concorde com a do STF para o antigo recurso extraordinário em matéria infraconstitucional.

Também a 3ª Turma do STJ, no REsp nº 50.588, sendo relator o Min. Carlos Alberto Direito: “Ainda que se trate de *incompetência absoluta*, exige-se em recurso especial que a matéria tenha sido ventilada e decidida pelo

tribunal recorrido para satisfazer o requisito do prequestionamento” (da ementa, in DJU de 30.09.1996, p. 36.638).

Igualmente o Min. Eduardo Ribeiro prevê o prequestionamento inclusive nos casos de *lei de ordem pública*, ou questão que possa ser argüida a qualquer tempo (estudo na coletânea Recursos no Superior Tribunal de Justiça, Saraiva, 1991, p. 187).

Como consta da ementa no REsp nº 50.638, ac. de 28.08.1995, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, “O STJ já decidiu que mesmo as *nulidades absolutas* não podem ser examinadas no especial, se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada no acórdão recorrido, excetuando-se, apenas, aquelas que decorram do próprio julgamento” (DJU de 18.12.1995, p. 44.633).

No dizer do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “mesmo as *nulidades absolutas* não prescindem do prequestionamento. É condição necessária à viabilidade de qualquer recurso que o recorrente, ao manifestar seu inconformismo, tenha impugnado os fundamentos da decisão recorrida” (da ementa, no Ag Reg no Ag nº 85.988, 4ª Turma, DJU de 24.06.1996, p. 22.771).

Também a legitimidade para a causa impende haja sido prequestionada: “A questão relativa à *legitimidade de parte* só pode ser objeto de recurso especial, se prequestionada (Súmulas nºs 282 e 356 do STF). Se a matéria não foi prequestionada, isso não impede o seu conhecimento de ofício por esta Corte, mas só no caso de o recurso especial ser conhecido” (da ementa, Ag Reg no Ag nº 95.597, 2ª Turma do STJ, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU de 13.05.1996, p. 15.553).

O Min. Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade referiu que “a questão é tão importante que mesmo em *matéria sumulada* não se dispensa o prequestionamento” (in RTJ 98/754; Ag nº 110.452-0; RE nº 99.230; RE nº 99.930); ou: “a falta de prequestionamento **oportuno tempore**, torna inviável o RE, qualquer que seja a matéria federal e sua importância ou relevância” (Ag nº 110.239-0, **apud** Antônio Carlos Amaral Leão, RT 650/236).

Embargos de declaração e prequestionamento

No alusivo à interposição de *embargos de declaração* com a finalidade de *prequestionamento*, é atualmente tranqüilo que para tanto os embargos só se prestam se, antes de proferido o acórdão embargado, o recorrente já suscitara a *questão federal*, e a respeito manteve-se todavia omissa o aresto; não se prestam os embargos, portanto, para suscitá-la originalmente, para *innovar* na matéria.

De outra parte, tem entendido o STJ (em orientação de discutível pragmatismo) ser imprescindível que os embargos de declaração sejam acolhidos pela

Corte de origem, a fim de que seja “sanada a possível omissão constante do v. acórdão embargado”. Assim sendo, no caso de o órgão julgador “persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja o tribunal **a quo** emitido juízo explícito” (STJ, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, REsp nº 58.775, DJU de 17.04.1995; REsp nº 69.930, DJU de 01.04.1996, p. 9.878).

O Min. Rafael Mayer, do STF, declarou que não configura prequestionamento, para os efeitos da Súmula nº 356, *questão nova* proposta nos embargos de declaração, sem que tivesse sido presente ao juízo de apelação mediante a sua *dedução nas razões de recurso* (AI nº 101.689-2, DJU de 19.04.85).

Outrossim, como bem escreveu **Arruda Alvim**, não se deve “confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte, a respeito de uma dada questão federal”. Se a questão foi efetivamente decidida no aresto recorrido, ainda que não previamente suscitada, será cabível a seu respeito o recurso especial (coletânea citada, p. 151).

No alusivo ao tema, o STJ editou enunciado sumular, **verbis**:

“Súmula nº 98. Embargos de declaração manifestados com evidente propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Do prequestionamento e da nulidade surgida quando do próprio julgamento recorrido

Reformulando anterior orientação, o Superior Tribunal de Justiça passou a exigir sejam apresentados embargos declaratórios mesmo naqueles casos em que o fundamento do recurso especial haja surgido *apenas por ocasião do julgamento impugnado* (com o que, por certo, aos embargos declaratórios atribui-se caráter infringente do julgado).

Assim ocorre nos casos de nulidade formal ou de vícios surgidos *no próprio acórdão recorrido*, que poderá ter sido proferido **extra petita**, ou sem a intervenção do revisor, ou sem a publicação em ‘pauta’, etc.; ou poderá o recurso especial haver sido manifestado por quem deveria figurar no processo como litisconsorte necessário, e não figurou, e vem invocar esta questão.

Durante vários anos o STJ manteve posicionamento menos formalista, ou seja, no sentido de que se a contrariedade à lei federal implicasse *nulidade formal do próprio acórdão*, não haveria porque cogitar de embargos declaratórios para prequestionamento. Assim:

“Se a questão federal surge apenas no acórdão recorrido, sem que as partes a tenham discutido ou provocado, não se exige prequestionamento ou interposição de embargos declaratórios para abertura da via do recurso especial” (Recurso Especial nº 39.733, 5ª Turma, rel. Min. Assis Toledo, ac. de 06.04.1994, RSTJ, 79/279).

Todavia, como foi dito, a Corte modificou sua orientação, e passou a encarar com rigor máximo o pressuposto do prequestionamento:

“O recurso especial só prospera, com fulcro na alínea a, se a matéria jurídica tiver sido debatida na instância ordinária. Exige-se a interposição de embargos de declaração, para fins de prequestionamento, embora a alegada ofensa ao dispositivo legal tenha surgido *apenas no acórdão recorrido*. Para que o STJ conheça do recurso especial é necessário que a questão federal nova tenha sido tratada no aresto guerreado” (Recurso Especial nº 36.996, 6ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, ac. de 16.10.1995, RSTJ 83/331).

“O prequestionamento é condição de admissibilidade do recurso especial e é indispensável até mesmo quando a ofensa à lei *se dá no acórdão recorrido*, mediante a interposição de embargos declaratórios” (Ag Rg no Ag nº 100.246, 1ª Turma, rel. Min. José de Jesus, ac. de 27.05.1996, RSTJ 88/27).

Como foi dito pela 2ª Turma do STJ, “em matéria de prequestionamento, é irrelevante o fato de a suposta ofensa à lei federal ter surgido na própria Corte de segundo grau. Tal requisito de admissibilidade deve ser cumprido, ainda que a questão seja de ordem pública, e que a suposta violação à legislação federal tenha surgido no próprio tribunal **a quo**. O que importa, em qualquer caso, é a Corte de segundo grau ter emitido juízo sobre a questão suscitada no recurso excepcional” (REsp nº 62.956, rel. Min. Adhemar Maciel, ac. de 03.09.1998, DJU de 19.10.1998, p. 58).

De outra parte, não é necessária, para configurar o prequestionamento, a expressa menção aos *textos de lei* ditos contrariados; bastará que a questão federal, regida pela norma legal, tenha sido objeto de apreciação: “Recentes manifestações pretorianas do STF e do STJ apontam esse caminho, como dá notícia Elísio de Assis Costa: o STF decidiu que a Súmula nº 282 (que reclama o prequestionamento) “só exige haja sido ventilado na decisão recorrida o tema de direito federal, não mencionando ser indispensável a precisa indica-

ção dos dispositivos questionados” (**apud** Recurso Extraordinário e Recurso Especial, **Rodolfo Camargo Mancuzo**, 3ª ed., Revista dos Tribunais Ed., 1993, p. 148).

Da superação da Súmula nº 400 do STF

Outro ponto assaz controvertido foi o da aplicação ao recurso especial do Enunciado nº 400 da Súmula do STF, **verbis**:

“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal.”

Mestres da maior nomeada criticaram a Súmula, sob a alegação de que *só uma* pode ser a interpretação válida de uma lei federal. Em artigo de doutrina, escrito ao início das atividades do STJ, inclinei-me pela aplicação da Súmula, embora escoimada da expressão “... ainda que não seja melhor...”. O raciocínio, então, foi o seguinte: se uma determinada exegese da lei federal afigura-se razoável, isto é, não ofensiva à boa razão, como entender, pela alínea a, que tal interpretação encontra-se em “contrariedade” com a lei? A mera afirmação de que outra exegese existiria e poderia ser considerada igualmente razoável, não constituiria motivo para que o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial pela alínea a, devesse admitir o recurso e julgar qual das duas interpretações representaria a exata vontade da lei. A interpretação divergente, disse eu então, só autorizaria o recurso extremo quando amparadas, uma e outra das exegeses, por decisões de tribunais diversos, a teor da alínea c. Aludi, ainda, a que, caso a mera divergência doutrinária permitisse o recurso pela letra a, desnecessário tornar-se-ia o permissivo da alínea c.

Convenci-me, posteriormente, de que incorria em erro. A Constituição atual não mais menciona a ofensa ‘à letra da lei’, nem refere apenas a negativa de ‘vigência da lei’, mas sim refere-se à decisão que ‘contrariar’ a lei. E a lei não admite duas exegeses diferentes, e ambas certas; uma delas estará necessariamente contrariando o mandamento da lei, que só pode ser um, e para dizê-lo existe o recurso especial para o STJ.

A letra c adquire relevância, no entanto, no plano da *prévia triagem de admissibilidade* do recurso: demonstrada a divergência, não será necessário perquirir se razoável a alegação de contrariedade. A petição de recurso especial subirá, ainda que a decisão recorrida pareça, ao Presidente do Tribunal de origem, ser a única possível em correta aplicação da lei.

Súmulas do STF aplicáveis à admissibilidade do recurso especial

Algumas observações a respeito da admissibilidade do recurso especial, na conformidade de enunciados da Súmula do STF, que explicitam princípios decorrentes da própria natureza dos recursos extraordinários.

Assim:

a) Pelo *Enunciado nº 283 – STF*, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento *suficiente*, não merece admissão o recurso que omite algum dos fundamentos. Realmente, bastará o fundamento não impugnado para sustentar o aresto, por se cuidar de fundamento suficiente.

Se o acórdão tem por base mais de um fundamento *suficiente*, sendo um deles de natureza exclusivamente constitucional, haverá necessidade de interpor ambos os recursos, o extraordinário e o especial, com quebra do princípio da unirrecorribilidade (Recurso Especial nº 17.527, ac. de 01.04.92, rel. Min. Américo Luz, in RSTJ, 32/441; Recurso Especial nº 16.340, ac. de 26.02.92, rel. Min. Pádua Ribeiro, in RSTJ, 34/401). Nestes casos a eficácia da decisão do STJ, conhecendo do recurso e lhe dando provimento, ficará condicionada (apesar do art. 467 do CPC!) ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário; esta a solução “que o sistema impõe”, como preconizou **Eduardo Ribeiro**, Min. do STJ, no prefácio à coletânea Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, Ed. RT, 1997, p. 7).

A respeito do tema, aprovou o STJ a Súmula nº 126, a saber:

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

b) Pelo *Enunciado nº 528 – STF*, em se cuidando de decisão com *partes autônomas*, a admissão do recurso pela Presidência do tribunal **a quo** apenas com relação a uma das partes, “não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”. Como salienta **Roberto Rosas** (Direito Sumular, 5ª ed., p. 262), a orientação desta Súmula evita que o recorrente, com RE admitido parcialmente, deva agravar relativamente às partes não admitidas. Assim, a admissão parcial do recurso “devolve ao STF todas as questões suscitadas na petição de recurso”.

c) Consoante a tese do *Enunciado nº 292 – STF*, interposto o recurso por mais de um dos fundamentos do art. 105, III, da CF, a circunstância de a

Presidência do tribunal **a quo** tê-lo admitido apenas por um dos fundamentos, não prejudica o conhecimento do apelo com base em fundamento repelido no juízo prévio de admissibilidade. Destarte, manifestado recurso especial pela contrariedade à lei federal e por divergência jurisprudencial, e admitido apenas pela alínea **a**, poderá o STJ entender não ocorrente a ofensa à lei, mas admitir e, quiçá, prover o recurso pela alínea **c**. Objetivo: evitar a necessidade de o recorrente interpor agravo de instrumento relativamente ao fundamento menosprezado no juízo prefacial.

Em idênticos termos, quando o recurso assenta em alegações de ofensa a várias normas de lei, e a decisão de admissão o recebe apenas com base em alguma ou algumas das alegações, o STJ poderá conhecer de toda a matéria impugnada, sem necessidade de interposição de agravo de instrumento.

Postas estas premissas, conclui-se que, se o acórdão dá provimento à apelação apenas por um dos fundamentos do pedido, *sem abordar os demais*, ao apelante interessa manifestar *embargos declaratórios*, para efeito de prequestionamento no alusivo aos demais fundamentos, ante a eventualidade de o apelado manifestar recurso especial; ocorrerá, em conseqüência, a completa devolução à instância **ad quem** de toda a matéria posta em juízo.

d) Pelo *Enunciado nº 284 – STF*, “é inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência em sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Este enunciado aplica-se ao recurso especial, como também a qualquer outro recurso. O STJ, 2ª Seção, precisou, nos Embargos de Divergência no REsp nº 7.821 (Rev. do STJ, 44/566), que a Súmula supõe a impossibilidade de o juiz compreender a controvérsia, ou seja, apreender com exatidão a questão impugnada no recurso.

É todavia irrelevante a omissão quanto ao artigo de lei dito violado, quando se evidencie, do arrazoado, qual a norma que se pretende haja sido vulnerada.

Observações sobre as alíneas a e b do permissivo constitucional

Cabem igualmente achegos às alíneas em que se desdobra o permissivo constitucional do recurso especial, CF, art. 105, III.

Quanto à *alínea a*, o recurso especial é admissível quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Restou, pois, superada a dúvida surgida ante o texto da Constituição de 1967/69, que se referia apenas a “negar vigência de tratado ou lei federal” (art. 119, III, **a**), levando os intérpretes à afirmação de que “negar vigência” não significava apenas negar que a lei, no tempo, ainda estivesse em vigor; a expressão equivalia a “negar aplicação”, a ofender a ‘letra da lei’, como manifestavam as

Constituições anteriores. Nesse sentido lapidar voto do Ministro Prado Kelly, no RE nº 45.225, em 05.04.1967 (**Aliomar Baleeiro**, O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, Ed. Forense, 1968, p. 100).

A atual redação da Lei Magna distingue entre a vigência da lei no tempo, e a contrariedade à lei. A letra **a**, em resumo, é para os casos em que a *tese da decisão* não coincide com a *tese da lei*.

No magistério de **Nelson Luiz Pinto**:

“Contrariar supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o Superior Tribunal de Justiça” (ob. cit., p. 117).

No concernente à *alínea b*, cabe o recurso especial quando a decisão recorrida houver julgado “válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”. Se a contestação for em face da Constituição, cabível será o recurso extraordinário ao STF (CF, art. 102, III, c).

Afirma-se, geralmente, que esta hipótese de recurso especial configuraria um ‘contencioso constitucional’, pois a contradição entre lei federal e lei local somente poderia ser dirimida à luz da partilha constitucional de competência legislativa entre a União e os Estados.

Consoante **Carlos Mário da Silva Velloso**, “esse pressuposto do recurso especial contém, no seu cerne, o contencioso constitucional, por isso que, de regra, quando um tribunal estadual julga válida uma lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal é porque reconhece o tribunal estadual que a lei ou ato do governo local comportava-se na competência constitucional assegurada a este, tendo a lei federal, pois, invadido competência local, pelo que é inconstitucional” (O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988, RT 638/15).

No entanto, no Pretório excelso foi dito, em voto do Min. Sepúlveda Perence no RE nº 117.809, que a letra **b** não se refere aos casos em que se questiona a constitucionalidade da lei federal, mas aos casos em que a controvérsia versa sobre a compatibilidade entre lei federal e lei local, nos casos de legislação concorrente. O STJ, 3ª Turma, rel. o Min. Eduardo Ribeiro, adotou a orientação supra (REsp nº 31.391, RSTJ 50/328).

A questão não se pode dizer pacificada, inclusive porque o tema da legislação concorrente igualmente é versado em sede constitucional – CF, art. 24 e parágrafos.

Do cabimento do recurso especial pela alínea c

No alusivo à *alínea c*, busca-se uniformizar as divergências de jurisprudência entre tribunais diversos. Ou melhor: busca-se, entre duas divergentes interpretações jurisprudenciais de uma mesma norma legal, fixar qual a exegese que corresponde à *exata vontade da lei* (num determinado momento e contexto históricos), para que essa exegese, além da aplicação no caso concreto, passe a servir como orientação aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais.

Vale sublinhar, quanto ao *inciso c*, algumas súmulas alusivas ao cabimento do apelo especial:

a) Pelos *Enunciados nº 369 – STF e nº 13 – STJ*, julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso extremo por divergência jurisprudencial. O dissídio *intramuros* deve ser composto mediante outros instrumentos processuais.

b) Pelo *Enunciado nº 291 – STF*, cuja inobservância com extrema frequência motiva o não-conhecimento de recursos especiais, no recurso especial pela letra *c*, a prova do dissídio far-se-á por certidão ou indicação de Diário da Justiça ou de repertório autorizado, com a transcrição de trecho que configure a divergência, cumprindo sejam mencionadas “as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” – a exigência está no CPC, art. 541, parágrafo único, e no Regimento Interno do STJ, art. 255, § 2º.

Não basta a mera indicação do repositório de jurisprudência, ou a simples transcrição de excerto do acórdão paradigma. É necessário demonstrar analiticamente que os arestos divergiram na aplicação da lei em casos análogos, diante de fatos análogos. Apenas excepcionalmente tem sido dispensada a demonstração analítica da divergência, quando o dissídio ostenta-se notório.

Também é insuficiente a simples citação ou transcrição de *ementas*, exceto quando as mesmas tratem de temas de direito bem conhecidos e tenham teor exaustivo (v.g., caso da invalidade da penhora efetuada em bens de família, mesmo se realizada anteriormente à Lei nº 8.009/90 – REsp nº 46.794, rel. Min. Sálvio de Figueiredo). Assim, “as exigências de natureza formal (cópia autenticada dos arestos paradigmas ou a menção do repositório em que estejam publicados) devem ser mitigadas quando se cuidar de dissonância interpretativa notória, manifestamente conhecida do tribunal” (STJ, Emb. Div. no REsp nº 64.465, DJU de 06.04.1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

c) *Enunciados nºs 286 – STF e nº 83 – STJ* – o recurso especial, com base em divergência jurisprudencial, não será conhecido “quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Em última aná-

lise, a divergência deve ser atual, não pretérita, e assim foi editada a Súmula nº 83 – STJ, **verbis**:

“Súmula nº 83. Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Não será admissível, pois, a invocação a acórdão proferido em idos tempos e que na atualidade não mais represente a orientação do próprio tribunal que o proferiu. Em recurso especial de que fomos relator, em tema de responsabilidade civil em acidente de trânsito, o STJ rejeitou a indicação, como divergentes, de acórdãos da década de trinta, que refletiam jurisprudência de muito superada.

Vale observar, no azo, que nada impede sejam trazidos à colação, como divergentes, acórdãos do antigo Tribunal Federal de Recursos, agora sucedido pelos Tribunais Regionais Federais. Com maior razão, arestos do Pretório excelso proferidos sobre temas infraconstitucionais atualmente de competência do STJ, e igualmente arestos do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, impõe-se ponderar que o conhecimento do recurso especial pela alínea c pressupõe divergência de interpretação de *lei federal*, não sendo adequado o recurso quando a divergência se haja estabelecido quanto à exegese de *norma constitucional* (Recurso Especial nº 11.710, ac. de 12.05.92, de nossa relatoria, in RSTJ 39/457).

Da dupla triagem dos requisitos de admissibilidade do recurso especial

O recurso especial, tal como o recurso extraordinário *stricto sensu*, é sujeito a uma *dupla triagem* de seus pressupostos de admissibilidade: inicialmente, pela Presidência do tribunal de origem – art. 542, § 1º, do CPC, redação da Lei nº 8.950/94; admitido o recurso, as condições de admissibilidade serão objeto de reexame pelo órgão julgador no STJ; se não admitido, e interposto agravo de instrumento, serão reexaminadas pelo relator do agravo ou, em agravo interno, pelo colegiado.

Ao Presidente ou Vice-presidente do tribunal de origem (CPC, art. 541) compete proferir *fundamentado* juízo prévio sobre os requisitos genéricos e os pressupostos constitucionais de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial. Nesse sentido, devo reportar-me a aresto do Pretório maior no Ag nº 122.615, rel. o Min. Célio Borja, v.u. (RTJ, 131/941). Assim também decidiu a Corte Especial do STJ, em Questão de Ordem no Recurso Especial nº

8.431, rel. Min. Peçanha Martins, v.u. (RSTJ, 46/132), resultando editada a Súmula nº 123, **verbis**:

“Súmula nº 123. A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada com exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais” (DJU de 09.12.1994).

À Presidência do colegiado **a quo**, portanto, cabe, em decisão primeira, um juízo fundamentado (CPC, art. 542, § 1º) de deliberação sobre a *razoabilidade, a plausibilidade* da arguição de contrariedade à lei federal (Nelson Luiz Pinto, ob. cit., p. 120), e sobre a *possibilidade de efetiva ocorrência* da divergência jurisprudencial, apresentada pelo recorrente com obediência aos preceitos sumulados e regimentais.

Assim foi entendido no STJ desde o início de suas atividades jurisdicionais:

“Quero deixar claro que a digna Presidência do tribunal de origem tem competência para triar os recursos especiais antes de sua subida a esta Corte. Trata-se de jurisdição integrada, que já nos vem do recurso extraordinário, predominando, inclusive, a corrente dos que admitem, até mesmo, a deliberação do mérito do recurso na origem, através de decisões fundamentadas” (AgRg no Ag nº 2.906, relator Min. Gueiros Leite, in RT 668/171).

Acrescentemos que esse juízo crítico pronunciado pela Presidência do tribunal de origem, no admitir ou no negar seguimento ao recurso especial, não padece de eiva alguma de inconstitucionalidade, mesmo porque o conhecimento da causa pelo Tribunal Superior estará sempre assegurado pela faculdade de interposição do agravo de instrumento. E é indispensável para impedir a automática remessa à instância extraordinária de uma pletora de irrisignações fadadas provavelmente ao insucesso. Ante a generosidade com que a legislação brasileira propicia sucessivos recursos (e sucedâneos recursais...), a existência de prévios juízos de triagem afigura-se evidentemente *necessária à própria eficácia do processo*.

Como afirmado em aresto de nossa relatoria, a admissão, ou não, do recurso especial

“far-se-á por decisão da Presidência do tribunal **a quo**, devidamente fundamentada, exercendo-se então uma primeira triagem com a apreciação crítica das condições de admissibilidade do recurso, examinadas tanto as condições genéricas como os pressupostos constitucionais específicos do apelo extremo. Não se limita, a análise prévia do recurso, a um mero e

padronizado encaminhamento dos apelos à Corte Superior, como se se tratasse de recurso ordinário” (Agravo nº 15.810, ac. de 23.06.1992).

Diga-se, ainda, que perante os tribunais é atribuição do relator “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste” (RISTJ, art. 34, XVIII; CPC, art. 557).

Também expresso o art. 545 do CPC (red. da Lei nº 8.950/94), **verbis**:

“Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de cinco dias.”

Ao interpor esse *agravo interno* (denominação sugerida por **Carreira Alvim** para este tipo de recurso, antes inominado na lei), não deve o agravante descuidar do disposto na Súmula nº 182, aprovada pela Corte Especial do STJ aos 05.02.1997, **verbis**:

“Súmula nº 182. É inviável o agravo do artigo 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Também não decorre, de tais preceitos legais e regimentais, ofensa alguma à Constituição, e isso pela razão maior de que a Constituição não diz em qual órgão do tribunal, se em plenário, se em colegiado menor, se em juízo singular deverá ser julgado o recurso de competência do STF ou do STJ. De qualquer forma, o relator atua sempre por delegação, e o conhecimento do feito pelo colegiado é garantido pelo agravo interno (**Nelson Nery Jr.**, Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 2ª ed., nota nº 2 ao art. 545).

Da ‘aplicação do Direito à espécie’

Outrossim, como tema relevante a ser considerado, o alusivo à Súmula nº 456-STF:

“Súmula nº 456. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

O preceito consta igualmente do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 257. Sobre o alcance da Súmula, vide o RE nº 67.284, in RTJ 52/342.

Em princípio, a orientação prevalecente é a de que o Tribunal Superior, ao aplicar o direito à espécie, *receberá os fatos tais como foram postos na instância de origem*, e somente apreciará as questões já apreciadas na instância de origem.

Com percuciência observou, aliás, o Min. Pádua Ribeiro, que “ao conhecer do recurso especial, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada. Todavia, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, *pode conhecer, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais*” (Recurso Especial nº 36.663, RSTJ 54/330).

Em suma: nos casos de aplicação da Súmula nº 456 – STF, as matérias não disponíveis e as de ordem pública merecerão apreciação de ofício.

Barbosa Moreira assinalou, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se deve limitar a censurar a decisão recorrida: fixada a tese jurídica, o tribunal irá aplicá-la à espécie, julgando a causa:

“Nisso se distinguem os nossos recursos extraordinário e especial não apenas dos ‘recursos de cassação’ de tipo francês, mas também de seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática. Só quando o fundamento do recurso consista em **error in procedendo** é que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos para que outra ali se profira.” (Comentários ao CPC, Forense, t. V, 7ª ed., nº 324, pp. 583-584).

O emérito processualista, aliás, refere em notas de rodapé (nºs 52 e 53, p. 584) que mesmo na França registra-se evolução no sentido de permitir à *Cour de Cassation*, em certas condições, decidir ela mesma *le fond de l’a faire*; também assim na Itália, para que a *Corte di Cassazione* possa apreciar desde logo o mérito da causa, quando desnecessários **ulteriori accertamenti di fatti**.

Recurso especial e medida cautelar

Finalmente, cumpre mencionar interessante questão vinculada aos *efeitos* em que deve ser recebido o recurso especial (e igualmente o recurso extraordinário). Normalmente, o apelo é recebido apenas no *efeito devolutivo*, CPC, art. 542, § 2º, permitindo-se, destarte, a execução provisória, se for o caso, do acórdão recorrido.

Todavia, em determinadas hipóteses, concorrendo os pressupostos da *aparência do bom direito* (= alta probabilidade de que o recurso venha a ser provido) e do *perigo de grave dano* ao patrimônio jurídico do recorrente enquanto pen-

dente a inconformidade, tem sido admitida, consoante o art. 800, parágrafo único, do CPC, a concessão de liminar em *ação cautelar incidental*, com o objetivo de *suspender a eficácia* do aresto impugnado.

Consoante referiu a 1ª Turma do STJ, “só se empresta efeito suspensivo ao recurso especial, via medida cautelar incidental, em caráter excepcional, quando há necessidade de se garantir respeito aos princípios estruturantes e fundamentais do nosso ordenamento jurídico” (Ag. Rg. na MC nº 508, rel. Min. José Delgado, ac. de 25.06.1996, DJU de 16.09.1996, p. 33.675).

Compete ao relator, no Superior Tribunal de Justiça, submeter ao colegiado as “medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa” (RISTJ, art. 34, V), podendo ainda o relator “determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, **ad referendum** da Corte Especial, da Seção ou da Turma” (RISTJ, art. 34, VI).

No Supremo Tribunal Federal, a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário somente tem sido deferida “em situações de absoluta excepcionalidade, e uma vez proferido o necessário *juízo positivo* de admissibilidade ao recurso extraordinário”. Vale dizer, considera-se “vedada a sua concessão naquela hipótese em que o apelo extremo tenha sofrido juízo negativo de admissibilidade na instância **a quo**, ainda que interposto, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.038/90, agravo de instrumento para a Suprema Corte” (STF, Pet. nº 1.315, de 18.07.1997, Min. Celso de Melo, DJU de 06.08.1997, p. 35.243; Pet. nº 914, Min. Néri da Silveira, DJU de 27.06.1994; RTJ 116/428, rel. Min. Francisco Rezek).

No Superior Tribunal de Justiça, alguns arestos esposaram essa restritiva orientação. Assim na MC nº 293, 5ª Turma, rel. Min. Assis Toledo, em cuja ementa consta:

“A jurisprudência desta Corte tem se orientado, em regra, contrariamente ao pretendido efeito suspensivo, seja nos casos em que o recurso especial ainda não sofreu qualquer juízo pertinente à sua admissibilidade, seja nos casos em que foi emitido juízo negativo” (DJU de 01.04.1996, p. 9.918).

Não obstante, em muitos outros casos, certamente em situações onde o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora** ostentam-se evidentes, o STJ, por seus órgãos fracionários, tem julgado que “a só circunstância de não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade do recurso especial no tribunal **a quo**, não é óbice para o conhecimento da medida cautelar promovida com a finali-

dade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre” (MC nº 136 – SP, rel. Min. Cesar Rocha, 1ª Turma, DJU de 29.05.1995). E isso porque “abstrai-se da experiência comum adquirida na militância forense, a constatação segundo a qual permeia um lapso de tempo enorme e indefinido desde quando um tribunal (estadual ou regional) julga um feito de que caiba recurso especial até o instante em que esse recurso ingressa no protocolo do Superior Tribunal de Justiça” (mesmo aresto, voto do Min. Cesar Rocha).

Aditou, a respeito, o Min. Gomes de Barros:

“Se o STJ não pode deferir cautelar antes de subir o recurso especial, estaremos, como lembra o Min. Cesar Rocha, no limbo: após o julgamento e antes do recurso, não há juiz competente, tanto o tribunal **a quo** quanto o **ad quem** carecem de competência. O art. 800 do CPC diz que a competência para deferir medida cautelar incidente é do juiz competente para conhecer do recurso” (MC nº 136).

Neste sentido a 3ª Turma do STJ, na MC nº 835, lendo-se na ementa:

“Possibilidade, em tese, de ser concedida a suspensão da execução de ato judicial, *mesmo não publicado o acórdão*. A ser de modo diverso, não haveria tribunal competente para tutelar o direito ameaçado” (DJU de 27.10.1997, p. 54.784, rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 05.08.1997).

Também a 2ª Turma, na MC nº 1.151, **verbis**:

“Somente em casos excepcionalíssimos tem esta Corte emprestado efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido” (Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. de 03.03.1998, DJU de 20.04.1998, p. 65).

Em sentido ainda mais abrangente pronunciou-se a 1ª Turma do STJ na MC nº 424, relator o Min. Gomes de Barros, constando da ementa que “o STJ admite a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos de acórdão exposto a recurso especial, *ainda não interposto*. Isto ocorre porque, com a formação do acórdão, exaure-se a competência do tribunal **a quo** e se inaugura a da Corte Superior” (DJU de 02.09.1996, p. 31.023) (grifamos).

Aliás, no exercício da Presidência do STJ, o Min. Gomes de Barros, decidindo a MC nº 690, mencionou que

“... o STJ admite a concessão da medida cautelar para suspender os efeitos de acórdão exposto a recurso especial. *Nada importa o fato de o*

recurso ainda não haver sido interposto. Temos entendido que estas providências cautelares são viáveis, porque, com a formação do acórdão, a competência do tribunal **a quo** exauriu-se”.

Impende todavia ponderar que, na etapa entre a prolação da sentença (ou do acórdão) e a interposição do recurso (nos tribunais, a própria ‘redação’ do acórdão com frequência apresenta-se bastante demorada), a medida cautelar deve ser requerida ainda no juízo **a quo**, ou seja, perante o juiz de primeiro grau ou perante o relator do acórdão. Somente após interposto o recurso (= protocolada a petição recursal), é que, nos termos da lei processual transfere-se a competência para o tribunal **ad quem**, onde a ação cautelar (ou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal) será processada consoante a norma regimental; distribuída a ação cautelar, torna-se *prevento* o relator, e a Câmara ou Turma, para o conhecimento do recurso.

Como aludido na MC nº 1.068, uma vez “interposto o recurso especial, a cautelar incidental será ajuizada diretamente no Superior Tribunal de Justiça, ainda que o presidente do tribunal **a quo** não tenha proferido juízo de admissibilidade. O fato de o presidente da Corte de segundo grau não ter admitido juízo sobre o especial não impede a concessão de efeito suspensivo ao recurso” (STJ, 2ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, ac. de 11.12.1997, DJU de 19.10.1998, p. 56).

Esta disciplina aplica-se também, d.v., tanto aos recursos interpostos para o Supremo Tribunal Federal como para o Superior Tribunal de Justiça: “até que interposto o recurso extraordinário ou especial, a competência originária para as medidas cautelares prosseguirá com o tribunal de origem, transferindo-se àqueles no momento da efetiva interposição” (Cândido Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Ed., 4ª ed., 1997, nº 233, p. 324).

Recurso especial e antecipação dos efeitos da tutela recursal

As considerações expendidas no item anterior, alusivas às medidas cautelares, aplicam-se, **mutatis mutandis**, aos pedidos de antecipação de tutela formulados após proferida a sentença ou após proclamado o resultado do julgamento na instância recursal.

Conforme dissemos alhures, em sede doutrinária, a antecipação de tutela pode ser requerida e deferida mesma estando o processo *em grau de recurso*, sendo então o pedido (mais freqüentemente pela incidência do art. 273, II, nos casos de recursos com finalidade claramente protelatória) formulado *ao relator*. A urgência pode inclusive caracterizar-se, em nível recursal, pela previ-

sível demora decorrente do acúmulo de processos (em São Paulo, no TJ, o longo tempo de 'represamento' das apelações antes da distribuição), ou ainda da necessidade de remessa dos autos (máxime nos tribunais superiores) para parecer do Ministério Público (Da Antecipação de Tutela no Processo Civil, Ed. Forense, 1998, nº 50, p. 67).

Referimos, outrossim, que causa bastante perplexidade a situação persistente durante o interregno entre a prolação da sentença e a apresentação da apelação, ou entre a prolação do acórdão (com seus eventuais embargos declaratórios) e a efetiva chegada do recurso extraordinário ou especial no tribunal superior.

Assim, a símile do que foi dito com relação às medidas cautelares incidentais, durante o lapso que decorre entre a decisão recorrível e a efetiva interposição do recurso (quantas vezes o recurso é julgado no tribunal e o resultado proclamado, mas a lavratura do aresto demora por meses...), a parte prejudicada deve postular a medida de urgência perante o próprio órgão prolator da decisão recorrível (juízo de primeiro grau, ou tribunal), para que seja decidida no juízo da sentença ou, no tribunal, pelo *sobrejuiz* competente para apreciar a admissibilidade do futuro recurso cabível contra o acórdão.

Já durante o interregno entre a interposição do recurso e a entrada do processo no protocolo do tribunal **ad quem**, cumprirá aplicar às antecipações de tutela, *analogicamente*, o procedimento incidental previsto no art. 800, parágrafo único, do CPC, para as medidas cautelares. A respeito, lembremos criterioso estudo do prof. **Luiz Rodrigues Wambier**, na coletânea Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, Ed. RT, 1997, pp. 358 e ss..

Com vista especificamente ao recurso especial, afirmamos, **sub censura**, que:

a) após *proferido o acórdão* suscetível, em tese, de ser impugnado por recurso especial, um eventual pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, com arrimo ao art. 273 do CPC, deverá ser dirigido ao Presidente (ou Vice-presidente) do tribunal, competente para apreciar da admissibilidade do apelo extremo;

b) após *protocolado o recurso especial* na secretaria do tribunal **a quo**, o requerimento de antecipação dos efeitos da pretendida tutela recursal será apresentado diretamente no Superior Tribunal de Justiça, com aplicação por analogia do art. 800, parágrafo único, do CPC. No STJ poderá o requerimento ser classificado, à falta ainda de melhor enquadramento, como 'medida cautelar' (ou quiçá como 'petição'), **ut** art. 67 do RISTJ. O Ministro a quem o pedido for distribuído ficará *prevento* como relator do recurso especial, se admitido, ou do eventual agravo de instrumento, se não admitido o apelo extremo. A decisão concessiva de antecipação de tutela ter-se-á por revogada (**rectius**, perderá automaticamente sua eficácia) caso decisão de inadmissão do recurso especial tornar-se preclusa, ou se o recurso especial não for conhecido.

Inquérito Policial

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

O inquérito policial é atividade administrativa que visa a recolher elementos bastantes para ensejar o oferecimento de denúncia.

Há, sem dúvida, íntima relação entre o inquérito e a ação penal. Aliás, não se confundem os dois institutos. Não é, porém, de desprezar-se a importância do inquérito. Tanto assim, pode arrimar o decreto da prisão preventiva. E mais. Justificar a prisão temporária.

O inquérito policial, é certo, não condena ninguém. O **status** de condenado, face ao princípio da presunção de inocência, só resulta da sentença penal condenatória transitada em julgado. Não é, contudo, isento de significativas conseqüências. Tanto assim, a jurisprudência é firme, enseja o **habeas corpus** para trancá-lo, pondo-lhe ponto final.

Costuma-se dizer que o inquérito não caracteriza constrangimento. Ledo engano! Tantas vezes (notadamente para o público que não distingue inquérito de ação penal) os efeitos são os mesmos. As restrições, em conseqüência, se repetem. A filosofia popular, até certo ponto, estigmatiza a atividade do Judiciário (o povo não distingue inquérito de ação). Muitas pessoas, desejando passar auto atestado de bom comportamento, evidenciando não cometer ilícitos penais, repetem, com ênfase: nunca fui chamado à Justiça, nem mesmo como testemunha!!!

O inquérito policial é constrangimento, sim! Em primeiro lugar, trata de ilícito penal (crime, ou contravenção penal); como, de modo geral, somente parte da sociedade (a menos protegida) é indiciada (a cifra negra é criminologicamente explicada), por si só, traduz **capitis diminutio**. Isso sem falar, na identificação que compreende o tocar piano (identificação datiloscópica) e a fotografia.

O indiciado é um possível criminoso. Até prova em contrário (aqui, há evidente descompasso entre o ordenamento constitucional/penal e o entendimento popular). Quem duvidar, ou com insensibilidade ficar restrito aos gabinetes, se tiver a infelicidade de ser indiciado, não tenho dúvida, mudará de opinião. Se um jovem estiver indiciado, notadamente, por crime contra o Patrimônio, pretender prestar concurso público, ou postular um emprego, se

lhe for solicitado, trazer a “folha corrida” (inclui o inquérito policial), não há dúvida, é prova provada, haverá restrições para não dizer recusa. Mandados de segurança têm sido impetrados para vencer as resistências. Imagine-se se o jovem pretender ser bancário!!!

O máximo que pode acontecer é receber uma resposta (negativa) bem educada.

Dizer que o inquérito policial não caracteriza constrangimento é desconhecer a sociedade, fugir do óbvio, esconder a cabeça como o avestruz.

O Judiciário precisa ficar atento a esse fato. Ultrapassado (ainda parcialmente) o período de a interpretação da lei ser mero silogismo. O juiz deve, antes da sentença, indagar, consigo mesmo, o sentido social de sua decisão. O Direito disciplina, orienta, ordena a vida social; precisa apreender, por isso, todos os pormenores. Direito é meio para realizar valores. Não é mero jogo de lógica menor. Cumpre voltar-se para a lógica existencial.

Impõe-se, por isso, observar o tempo do inquérito policial. Não pode ir além de prazo razoável. Inadmissível perdurar por um ano, dois anos, três anos, quatro anos. Tem-se, então, simples pingue-pongue. O Delegado, ou o Ministério Público solicitam ao juiz prorrogação do prazo porque necessário coligir novas provas. O prazo é consentido. Novo prazo é solicitado porque o tempo não foi bastante. A história se repete. Passa um ano, passam dois ou mais anos. Não há arquivamento, nem o Ministério Público oferece denúncia. Durante o vai-e-vem o indiciado sofre os mesmos constrangimentos.

Pergunto. Isso é certo, razoável, justo?

Afirmar que o inquérito não traduz constrangimento é armar premissa falsa. Injusto, nada mais injusto. Pergunto, então: é legal (a pergunta se põe porque ainda predomina entre nós a Escola da Exegese, que não sabe raciocinar sem a lei!). O princípio da razoabilidade (adotado em nosso direito) deve ser o referencial. Ultrapassado o prazo visto nessa perspectiva, impõe-se concluir o inquérito. Não impedirá, outrossim, continuar as investigações até que se complete o prazo da prescrição.

Cumpre, então, conjugando-se os princípios, cessar o estado de indiciados após certo tempo de instauração do inquérito policial. Há, sim, casos complexos, de difícil elucidação. Não se pode sacrificar o interesse público. A conciliação é o ponto da sabedoria. Continuará o inquérito, até o prazo da prescrição, podendo prosseguir as diligências. Com isso, conciliam-se o interesse individual e coletivo. O que se evidencia inadmissível é o prolongamento (tantas vezes, a penalização) do inquérito, projetando o constrangimento ao indiciado, tantas vezes, injustamente envolvido. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), aprovado aos 28 de

novembro de 1969, acolhida pelo Direito Brasileiro (recentemente, também a aceitação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos), no art. 8º – Garantias Judiciais – recomenda o término do processo em tempo razoável para a decisão penal. Evidente, por analogia, recomenda-se aplicá-lo aos inquéritos policiais. Tudo mais, é mero jogo formal de interpretação da lei! Cumpre, isso sim, no final do século, mudar a ótica, e interpretar-se o Direito! Tudo o mais, é lembrança do século XIX que influenciou o século XX! Napoleão foi derrotado na batalha de Waterloo, infelizmente, a Escola da Exegese ainda está presente!

Adoção por Ascendente

Waldemar Zveiter

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Adoção

Nota introdutória

Desde os primórdios, a adoção constitui-se em instituto utilizado para assegurar continuidade do lar, caracterizando-se na situação de fato pela qual se recebia em família um estranho, na qualidade de filho. O adjetivo estranho significava alguém não integrante da família de sangue.

Em seu estágio evolutivo, a adoção hoje é instituto essencialmente assistencial. Visa a dar proteção ao adotado, ajustando-o no lar de uma nova família, adaptando-o a um outro ambiente doméstico e igualizando-o em tudo a um filho legítimo do adotante, com todas as implicações humanas, legais e sociais pertinentes. A adoção caracteriza-se atualmente como instituto de solidariedade social, com singular conteúdo humano, impregnado que está de altruísmo, de carinho e de apoio¹.

No direito nacional, devido às excessivas exigências previstas no Código Civil de 1916, seus dispositivos nunca tiveram grande aplicação. As Leis de nºs 3.133/57 e 4.655/65 bem tentaram aproximar a realidade de fato à realidade de direito, modernizando-a com a criação da chamada *legitimação adotiva*.

Com a edição do Código de Menores, então Lei nº 6.697/79, ampliou-se o instituto através da *adoção plena*. A partir de 1990, com a publicação da Lei nº 8.069, de 13 de julho, novo impulso se deu a fim de modernizá-lo frente aos atuais conflitos vivenciados pela sociedade nacional.

O tema compõe doutrina e jurisprudência conflitantes, como não poderia deixar de ser, por envolver sentimentos inatos à espécie humana que busca sempre o ideal do bem-comum, paz e harmonia social.

Finalidade do instituto da adoção

De índole protetiva, a adoção² vem sendo ampliada progressivamente, na

1. **Arnold Marmitt**, Adoção, Aide Editora, p. 10.

2. *Idem*.

medida das exigências do mundo moderno. No início, afirmavam os comentaristas da lei, a finalidade do instituto era propiciar filhos aos que não podiam tê-los – interesse do adotante –, depois passou a ser uma maneira de assistir não só menores, mas até adultos, por laços de parentesco ou afetividade, assegurando-lhes uma forma de subsistência – interesse do adotado –, através de pensão ou outros meios³.

Com o passar do tempo, a sua primitiva finalidade, que era a de dar um filho a quem a natureza o negara (interesse do adotante), evoluiu para igualar o adotado, em tudo, ao filho legítimo, sem a exigência de que os pais naturais existam e possam ou não exercer o pátrio poder (interesse do adotado).

No dizer de **Arnold Marmitt**⁴, agora a **ratio essendi** transmutou-se para ser mais nobre e mais humana, sublime às vezes, com características eminentemente assistenciais, objetivando sempre amparar o adotado com liames afetivos e familiares, cercado-o de solidariedade humana e cristã.

A nova regulamentação dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se conjunto de normas de ordem pública, revogadora do Código de Menores e das disposições que tratam da matéria no Código Civil com elas incompatíveis.

Adoção de netos

Legislação anterior ao ECA*

Até 1965 contávamos apenas com a adoção prevista nos artigos 368 a 378 do Código Civil e legislação complementar. Permitia-se a adoção mediante simples escritura pública. Qualquer pessoa maior de 18 anos poderia ser adotada, mesmo com filhos. Tal, como era, não correspondia às necessidades sentidas por muitos por não integrar completamente o adotando na família do adotado. Dava margem aos maiores abusos, dada a falta de fiscalização adequada.

A Lei nº 4.655/65, complementou as regras do Código Civil com o instituto da *legitimação adotiva*. Esta previa a possibilidade de se adotar menores de sete anos, que se encontrassem em situação irregular, com todos os direitos e deveres de filho legítimo, salvo o caso de sucessão hereditária. Era de caráter irrevogável.

O Código de Menores (Lei nº 6.697/79) veio desdobrar a adoção em três tipos.⁵ Foram mantidos íntegros os dispositivos à Lei Civil relativos à adoção

* Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13.07.90.

3. **Paulo Lúcio Nogueira** – ECA Comentado.

4. *Ibidem*.

5. **Antônio Chaves**, Adoção, Del Rey, p. 69.

tradicional, nele regulamentada; ficou reservada a adoção simples ao menor em situação irregular, que dependeria de autorização judicial, e foi alterada a denominação da *legitimação adotiva*, que passou a ser *adoção plena*. Tivemos, pois, então, três modalidades de adoção:

- a) a adoção do Código Civil e legislação complementar;
- b) a adoção simples;⁶
- c) a adoção plena (arts. 29 a 37 e 107 a 109).⁷

Tocante à adoção de descendentes por ascendentes, o Código Civil não a vedava. Atendidos os pressupostos objetivos previstos, não se poderia negar a averbação da escritura pública. Permitia-se que qualquer pessoa maior de dezoito anos pudesse ser adotada, mesmo com filhos. Somente os maiores de 30 anos poderiam adotar, ainda que casados, solteiros, desquitados, mesmo que já tivessem filhos de sangue. Não era proibida a adoção pelos ascendentes e pelos irmãos do adotando. Os casados, porém, depois de decorridos cinco anos a contar do casamento. O adotante deveria ser 16 anos mais velho que o adotado e ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, somente se fossem marido e mulher. O tutor ou curador, enquanto não desse conta de sua administração, não poderia adotar o pupilo ou o curatelado. Não se poderia adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal. Permitia-se a adoção por escritura pública, não se admitindo condição ou termo.

O sistema brasileiro não subordinava a validade da adoção à existência do justo motivo, o que ocorre em numerosas legislações que inclusive, condicionavam-na a uma convivência prévia. Amparo e oportunidade de integração do adotado à família e sociedade. Era precisamente a causa econômica que, senão imediata, mas mediatemente, presidia a adoção os efeitos de natureza patrimonial, produzidos pelo estado de filiação resultariam natural e licitamente deste.⁸

Admissibilidade, doutrina e jurisprudência

A doutrina anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente entendia ser possível a adoção de neto pelo avô (arts. 368 e 378 do C. Civil).

Corrente liberal sustentava essa posição para a qual, à exceção dos filhos legítimos que não poderiam ser adotados pelos pais, outro grau de parentesco não impediria a adoção.

Numerosas foram as opiniões favoráveis na doutrina, tais as de **Munir**

6. Arts. 20, 27, 28, 82, 83, III; 96, I, 107 a 109, da Lei nº 6.657.

7. Regulada pela Lei nº 6.657, arts. 29, 37 e 107-109.

8. **Antônio Chaves**, in *Adoção*, Del Rey, p. 249.

Cury, que adere à de **Paulo Lúcio Nogueira**; **Aldo de Assis Dias**⁹; **João Francisco Moreira Viegas**¹⁰; **Antônio Saturnio Fernandes**¹¹; **Planiol e Ripert**¹² e **Massimo Bianca**¹³.

A hipótese não era meramente teórica. Noticiavam os jornais do dia 26.09.1962 que, em São Paulo, um cidadão, avô de uma criança, pretendia adotá-la como filho, tendo para tanto tomado todas as medidas necessárias, e numerosa jurisprudência admitia essa possibilidade.

A título de exemplo, podemos citar o acórdão da Sexta Câmara do TJRJ, de 22.03.1993, na Ap. nº 3.998, Relator Desembargador Cláudio Viana (ADV nº 63.630), no qual decidiu-se que, sendo maior a adotanda, não se aplica, nem analogicamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e que o Código Civil, regulador da adoção, não veda seja adotante o avô materno.

Ainda a 8ª Câmara, reg. em 12.04.1994, Ap. nº 2.861, Relator-Desembargador Carpena Amorim, firmou entendimento no sentido de que, atendidos os pressupostos objetivos previstos na lei civil, não há como se negar a averbação da escritura de adoção de pessoa maior pelo avô no cartório competente, inaplicando-se, ao caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No TJSP, a 2ª Câmara v.u. de 06.03.1975, Ap. nº 234.102, Relator-Desembargador Dias Filho: “é perfeitamente possível a adoção de neto pelos avós” (RT 496/103). Analogamente, a 4ª Câmara, em acórdão de 02.12.1969, diante do silêncio da lei considera “juridicamente possível a adoção dos netos pelos avós” (RJ nº 11/96). Ainda outro, de 26.02.1970, no que consignou-se: “A adoção deve ser facilitada. Admite-se, pois que avós adotem neto” (RT 418/139 e RJ 12/54).

Reconhecendo que o tema propicia discussões, com opiniões a favor e contra, invocou o Relator, Desembargador Médici Filho, a situação dolorosa das criancinhas nascidas de mães solteiras, seguindo o critério que, com exceção dos filhos legítimos, não podem ser adotadas pelos pais, qualquer outra situação de parentesco, normalmente, não deveria impedir a adoção. Invoca, ainda, a opinião de **Planiol e Ripert**; fazendo ver que, na prática, é freqüente a adoção por parte dos avós ou dos tios.

A 6ª Câmara do TJGB, em acórdão de 06.09.1974, entendeu, por maioria de votos, que embora incomum, nada impediria a adoção da neta pelo avô (RT 473/205). Naquela oportunidade, ressaltou o Relator, Desembargador Wellington Pimentel, que, salvo algumas exceções (como ocorre na Argentina,

9. O Menor em Face da Justiça.

10. Adoção de netos por avós OESP 23.06.1985.

11. As três formas de adoção OESP 18.02.1986.

12. **Planiol e Ripert** – *Traité Elementaire de Droit Civil*, v. 1, p. 572.

13. **Massimo Bianca** – *Dirito Civile*, vol. 2, pp. 269/70.

na então Checoslováquia e na Iugoslávia), segundo registra **Gustavo Bossert**, as legislações modernas não proibem a adoção entre parentes, e, quanto àqueles países, a vedação é limitada, apenas, à adoção entre irmãos.

No RE nº 89.457-8-GO, Relator Ministro Cordeiro Guerra, decidiu à unanimidade a 2ª Turma do STF, aos 17.11.1981 (RT 558/22): “Adoção simples, de neto, feita pelos avós, por escritura pública, não é nula. Recurso extraordinário não conhecido.”

Neste contexto não se pode olvidar as situações em que avô adota neto, tio adota sobrinho, justamente com interesses econômicos, ou seja, para lhes deixar uma pensão, em virtude da assistência que lhe foi dada pelo parente, o que representa um ato de gratidão, ou mesmo mera liberalidade. A jurisprudência tem reconhecido essa possibilidade.

Em interessante acórdão de 29.06.85, o Conselho da Magistratura do TJRJ analisou pedido de adoção plena, formulado por avós naturais, sendo já falecidos os pais do adotado. Frisou-se, ali, a irrelevância da existência de filhos pré-havidos, tios do adotado, aos quais este equiparar-se-ia, pela ausência de prejuízo, em virtude do fato de que, por morte dos adotantes, receberia de igual forma o adotado, por direito de representação, quinhão idêntico ao de cada tio, em função de sua orfandade paterna. Interpretação dos arts. 1.620, 1.621 e 1.623 do CC. Mesmo se admitindo fosse o adotado filho adulterino, por força do disposto no art. 51 da Lei do Divórcio, que alterou o art. 2º da Lei nº 883/49, recolheria ele quinhão idêntico aos dos filhos legítimos dos adotantes (RT 611/171).

Finalmente, vale ressaltar ainda o julgamento do RE nº 85.457/GO (RTJ 100/683, STF), no qual o eminente Ministro Cordeiro Guerra asseverou sobre a possibilidade de avós adotarem netos órfãos ou desassistidos pelos pais. Proferido antes da vigência do ECA reputo-o, contudo, sumamente ilustrativo diante da conciliação que se há de fazer da regra vedativa da adoção pelos ascendentes com o que dispõe o exame de sua aplicação no interesse da criança e do adolescente.

Os óbices comumente levantados tais o eventual prejuízo na sucessão concorrendo o adotante com seus tios; a confusão que advém como, **verbi gratia**, ser o “neto filho dos avós”, “irmão dos tios” e da “própria mãe”, ou a eventual fraude a beneficiar os adotantes com pecúlios e pensões, não devam servir de óbice a esse instituto que objetiva essencialmente proteger o interesse da criança e do adolescente.

Inadmissibilidade na doutrina

O atual Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 42, § 1º, expressamente veda a adoção de descendentes pelos ascendentes.

Antônio Chaves, doutrina com veemência ser a adoção do neto, do bisneto ou do irmão do adotante, por este, tão incongruente quanto a adoção do filho legítimo ou do reconhecido. A seu ver, não haveria sentido em um avô adotar o seu neto como seu filho, ensejando confusão familiar, já que seu filho passaria a irmão do seu neto, ou o pai irmão do próprio filho, ou ainda o filho cunhado da sua mãe, sem falar no marido mais velho que sua mulher 16 anos adotando-a como filha, ou vice-versa. Argumenta que consoante o bom senso a que o direito não pode fugir, não seria necessário que a lei escrita o dissesse com todas as letras, que adoções, como as enunciadas, não são permitidas.

Sustenta-se a finalidade da nova legislação de vedar atos ilegítimos de fraude à lei, como na hipótese de diversas qualidades de pessoas com relações com a União, Estado ou Município, autarquias, entidades paraestatais, de economia mista e, ainda, sociedades anônimas, que adotam netos com o único propósito de fazê-los seus dependentes para fins de assistência médico-hospitalar e, até, para percepção de pensão que, na hipótese de militar, nunca mais cessará, nem pelo casamento, se a pessoa adotada for do sexo feminino.

Argumenta-se com o sentido da inconveniência da admissibilidade da adoção de descendentes por ascendentes, o que quebraria o sistema harmônico decorrente do parentesco natural, apoiado no fato da preexistência do parentesco entre avós e netos, por laços de sangue.

Como pode se verificar, os fundamentos que alicerçam o comando legal, justificam, segundo tal doutrina, na incongruência de se transformar vínculo familiar preexistente e com características próprias em outro que, seria matriz de novos parentescos (problemática genealógica e genética).

Embora ponderável e merecedora de todo o respeito pelo peso da autoridade dos Tradadistas que sustentam tal doutrina, coloco-me ao lado dos que, com idêntica erudição sustentam possível a adoção do descendente visando ao interesse do menor.

A vedação legal e interpretação teleológica do sistema para admitir a adoção pelo ascendente mediante o prudente arbítrio do juiz

Nesse estado de coisas, não quer nos parecer tenha mesmo o novel Estatuto da Criança, muito embora expressamente vedando a adoção de descendentes por ascendente, liquidado com a possibilidade legal que se quer ver reconhecida juridicamente.

Tal desiderato encontra apoio no art. 6º, do mesmo Estatuto, na interpretação teleológica que o informa dentro do sistema.

Não se pode vislumbrar inconciliável a vedação imposta pela regra do *art. 42, § 1º*, com o texto do *art. 6º* da mesma lei.

Em caráter excepcional, no prudente arbítrio do juiz, na interpretação da lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que se destina, as exigências do bem-comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e, notadamente, a condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Esse texto praticamente repete o *art. 5º do Código de Menores* quando determina prevalecer o direito do menor acima de qualquer outro. São notórias as circunstâncias de casos inúmeros de pais biológicos que desconhecem por completo seus filhos, deixando-os entregues aos cuidados dos avós que passam a exercer com extremado amor e carinho as funções de verdadeiros pais, afigurando-se profundamente injusto e mesmo injurídico em face da norma do *art. 6º* negar-lhes o direito de adoção plena dos netos, quando tanto se permite a estranhos.

Nem por isso deixarão os netos de serem netos. Adquirem com a adoção também a condição legal de filhos de seus avós. A proclamada confusão genealógica que disso provém não se constitui bastante para impedi-la.

Assim, penso que a vedação contida no *§ 1º do art. 42* do Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser mitigada e ceder ante o princípio geral, excepcionando-a em cada caso frente as peculiaridades que apresentam e mediante o prudente arbítrio dos juizes a ver prevalente o interesse e o direito do menor, conciliando-se as legítimas pretensões dos ascendentes – escoimados de quaisquer abusos -- de adotarem seus netos.

Processo e Procedimento: Execução Fiscal

Luiz Carlos Fontes de Alencar

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

De longe vem a idéia – e não apenas esta, mas também a formadura de um instrumental apropriado para sua concreção – de reduzir o indivíduo, no que diz com os tributos, à servidão habitudinária frente ao Soberano.

Com efeito, os lusitanos na primeira metade do século XV (1446 ou 1447) receberam de Afonso V, Rei de Portugal, e do Algarve, e Senhor de Ceuta, a compilação de leis conhecida como Ordenações Afonsinas. No Título III do Livro I desse corpo normativo, *Dos Veedores da Fazenda*, havia determinação aos Almojarifes e Contadores no sentido de

“quando acharem coufa fobnegada, ou mal emparada ou corregida, fazela-hão correeger, ou dar as enformações, que dello ouverem, ao Noffo Procurador, e ao Juiz dos Noffos Feitos, pera haverem de proceder em ello, segundo entenderem por Noffo ferveço, e acharem por direito.”

Do *Juiz dos Noffos Feitos* cuidou o Título VI daquele Livro I, estabelecendo, entre outras coisas, que

“conhecerà de todolos feitos, que Nos ouvermos cõ alguas peffoas, ou ellas com Nofco fobre as noffas rendas, e direitos, falvo fe forem de fifas, porque estes avemos cometidos aos Noffos Veedores da Fazenda, segundo que em o Regimento de feu Officio he contheudo.”

Nos começos da centúria seguinte, esvaecente o feudalismo, as Ordenações Manuelinas refletiram, como observou **Cândido Mendes de Almeida**, anotador do *Código Philippino*, a porfia do Poder Real em avigorar o regime absolutista.

Obra do Seiscentos, as ordenações d’El-Rei D. Philippi I ditavam, no Título IX do Primeiro Livro, a competência dos Juizes dos feitos da Coroa, ressalvados os

“das Sisas, e das rendas, foros e tributos, que se para Nós arrecadam;

porque nestes casos, quando se não tratar sobre a propriedade delles, mas somente sobre as rendas, conhecerão os Juizes dos nossos feitos da Fazenda.”

O Título X do mesmo Livro traçava o campo de agir dos Juizes dos feitos da Fazenda, dizendo, porém, que

“não tomarão conhecimento dos instrumentos de agravo, que se tirarem dos Officiaes e Lançadores, que repartem as Sisas dos encabeçamentos, nem assi mesmo dos que se tirarem sobre a ordem e recadação dellas. Porque o conhecimento de taes instrumentos e despacho delles pertence aos Vedores da Fazenda...”

De Cândido Mendes de Almeida é a notula:

“Nas antigas Relações e Supplicações do Brasil o Juizo da Coroa andava ligado com o da Fazenda, e denominava-se o magistrado – Juiz do Fisco” (p. 34).

Carmem Lúcia de Azevedo situa ente 1548 e 1580 a implantação do aparelho fiscal na Colônia, e nos inteira da criação do cargo de provedor-mor da Fazenda Real do Estado Brasil, dizendo, mais, que com dita autoridade atuavam os Juizes dos Feitos da Fazenda. Noticia, ainda, que os provedores de capitánias agiam também como juizes das alfândegas localistas, acrescentando que

“tal instância subordinava-se à do provedor-mor, a quem regularmente prestava contas e enviava os agravos e apelações relativas à justiça fazendária” (fl. 85).

Segundo a mesma autora, em seu trabalho *Administração Fazendária*, inserido em *Fiscais e Meirinhos*, o Conselho de Fazenda, instituído no século XVII, contava na sua composição com o juiz dos Feitos da Fazenda e dois desembargadores dos Agravos do Tribunal da Relação da Bahia (pp. 87/88).

Bernardo Guimarães Fisher de Sá Nogueira, Juiz Conselheiro do STJ de Portugal, em *Da Casa d’El-Rei ao Supremo Tribunal de Justiça* informa que no século XVIII integravam a “Casa da Supplicação” dois juizes dos feitos da Coroa e da Fazenda (p. 38).

No Manual de Perdigão Malheiros, dado a lume em 1859, há registros que devem ser noticiados. No Cap. III – Das ações diversas, ordinárias ou summárias, inventários, medições, e outros processos no Juízo dos Feitos está:

“Nellas se observará a ordem do processo estabelecida nas leis geraes e communs, como entre os particulares; guardadas, porem, as especialidades relativas à *Fazenda Pública*” (§ 276);

e logo adiante:

“As acções no Juízo serão ordinárias ou summárias, segundo as regras do Direito Commum; salvo as excepções do executivo fiscal e outras já referidas” (§ 527).

Assaz interessante (apenas para fim de estudo) o que se contém no § 299, a da aludida obra:

“Compete exclusivamente ao Ministro da Fazenda:

1º - Conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e efeitos das fianças e dos contratos celebrados com a administração da Fazenda, que tenham por objecto quaesquer rendas, obras ou serviços públicos a cargo da mesma administração...

2º - Aplicar as leis e disposições concernentes à prescrição quinquennial ou annual, às reclamações contra o Estado por dívidas passivas, seja qual for a natureza do título em que se fundarem, e também a prescrição dos 40 annos quanto às dívidas activas do Estado...”

a que o mencionado autor acresceu a seguinte notação:

“Dec. nº 2.343, de 29 de Janeiro de 1859 – art. 1º § 2º no Jornal do 1º de Fevereiro. – E sua decisão tem força de sentença (art. 25). De modo que taes questões não podem mais ser tratadas perante a Autoridade Judiciaria: e assim fica alterada a doutrina até aquella data vigente.”

O Título IV do mesmo Manual – Do que nos diversos Juizos, compreendido o dos Feitos, incumbe ao Procurador, quando consultado – expressa (§ 471) que

“Há títulos e actos sujeitos a estes impostos (sello proporcional, e fixo), que tem de ser produzidos em Juizo e sobre os quaes as vezes se suscitão dúvidas; assim como sobre actos passados mesmo em Juízo;”

e avança:

“Tas duvidas, pore, não podem ser definitivamente decididas pela Autoridade Judiciária” (§ 473).

Na década subsequente (1860/70) o Imperador navegaria para o Norte em visita às Províncias dali. O romantismo embalava a mocidade acadêmica. **Tobias Barreto**, estudante da Faculdade de Direito do Recife, em homenagem aos que partiam para as guerras do Sul, recitava em praça pública:

“Juntemos as almas gratas
De colegas e de irmãos;
O vento que acorda as matas
Nos toma os livros das mãos:
A vida é uma leitura,
E quando a espada fulgura,
Quando se sente bater
No peito heróica pancada,
Deixa-se a folha dobrada
Enquanto se vai morrer...”

Nas arcadas do Largo de São Francisco ressoaram os versos tobianos e lá estão plantados os quatro últimos da décima.

Sem pretender formular juízos impossíveis com a oportunidade, digo que a vida da Nação entrara em *frisson*: capitalismo nascente, e daí inarredável a figura de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá; o zurzir dos projéteis alvoroando o passaredo no pantanal de Mato Grosso; o heroísmo de Antonio João, o de Dourados, prenunciando a heroicidade dos que seriam envolvidos no episódio da retirada da Laguna, por Taunay celebrado e celebrizado; Osório, simples e bravo, esboçando o Batalha do Avaí, de Pedro Américo; Rufino Eneas Galvão, o Visconde de Maracaju, dando forma aos caminhos para as tropas de Caxias; o jovem **Rui Barbosa**, à guisa de saudação às tropas paulistas de volta da Guerra do Paraguai, da janela do Hotel de França, na Paulicéia, propagandeando a abolição...

Nos anos setenta e oitenta a federação, a abolição e a república, compunham o ideário que galvanizava a *intelligentsia* brasileira, animava o debate parlamentar e agitava a multidão nas ruas.

Do tema não me descuido; apenas bosqueijo o pano de fundo do Segundo Império, e o faço porque o Direito não existe sem sociedade (**Reale**).

De 1888, o Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda, de **Souza Bandeira**, que registrava:

“A *via executiva*, de que goza o Fisco para a cobrança de suas dívidas, é um antiquíssimo privilégio, que vai buscar sua fonte no direito romano. Justifica-o a necessidade de recolher com presteza aos cofres públicos o rendimento dos impostos e de outras fontes de receita, com a qual se deve ocorrer as necessidades públicas. **Interest Republica, ut debita fiscalia quam citissime exigantur**, dizia a Novell. 17, § 1º. As leis portuguesas largamente desenvolveram esse princípio...” (Nota 72).

Eis outra anotação sua a propósito do processo executivo fiscal:

“Não se guardam no processo os termos ordinários, mas tão somente aqueles meios que necessários forem para o descobrimento da verdade e da defeza das partes... (...)...

Sem estes extraordinários favores muito demorado seria o recolhimento das rendas públicas” (Nota 82).

A Consolidação Ribas, de 1876, dizia que nas causas fiscais a defesa seria procedente em quatro hipóteses, uma delas a da prescrição de 40 anos (art. 1.043). O Decreto nº 9.885, de fevereiro de 1888, que dava regulamento para o processo executivo fiscal, fixava no art.12, segunda parte:

“É vedado ao juiz tomar conhecimento de qualquer alegação sobre a natureza da dívida como tal ou sua prescrição; e se o fizer, deve ser suscitado o conflito, na forma das leis em vigor, por pertencer o conhecimento dessas matérias à autoridade administrativa.”

Facilmente se percebe que tudo estava amoldado **ad jura regis**.

O Governo Provisório da República editou em outubro de 1890 o Decreto nº 848, que organizou a Justiça Federal e especificou a competência dos Juizes de Secção, compreensiva das ações que interessassem ao fisco nacional (art. 15, **d**). O mesmo ato normativo estabelecia, quanto ao executivo fiscal, que a matéria de defesa ficava restrita à prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida (art. 201). A Lei nº 221 – de novembro de 1894, que o alterou, expressamente ressalvou o direito então vigente relativo às causas fiscais (art. 13, § 16, **c**). Algum tempo depois o Decreto nº 3.084 – de novembro de 1898 adveio, mas sem alteração no ponto.

Castro Nunes em Da Fazenda Pública em Juízo fez a seguinte observação:

“Só muito mais tarde, o Supremo Tribunal Federal, tendo à frente

Pedro Lessa, inaugurou, a princípio com alguns votos-vencidos, a sua jurisprudência contrária a tais limitações, tidas por inconciliáveis com a Constituição, que, atribuindo à Justiça Federal conhecer de *todas as causas* em que fôsse parte a Fazenda Nacional, não poderia tolerar o conhecimento *parcial* de algumas, sob pena de se haver como restaurado o antigo contencioso administrativo, implicitamente abolido por efeito daquela totalização e que, segundo se entendia, voltaria a funcionar para o exame da defesa remanescente daquele quadro restrito.

Não se objetou, porém, que, deixando aberta outra ou outras vias, particularmente a ação especial da Lei nº 221, art. 13, a preceituação legal se harmonizava com a Constituição, pois que assegurado ficava ao executado provocar o exame judicial, por aquela via, de outras alegações inoportáveis na cobrança executiva” (p. 239).

A propósito do contencioso administrativo, de indesejada restauração, já dissera **José de Alencar**, em discurso pronunciado a 16 de agosto de 1870, na Câmara dos Deputados, ser um dos

“dois monstros jurídicos [o outro, a Polícia Judiciária], filhos dessa confusão do Poder Judiciário com o Poder Executivo, dois inventos franceses que a influência exercida pela civilização daquele País, chefe da família latina, tem infelizmente transplantado para outros países, e sobretudo para o Brasil.

O Contencioso Administrativo é uma aberração da Constituição (...). Desde o momento, Senhores, em que o Estado entra em relações civis com o cidadão, ele torna-se mera pessoa, e sujeita-se ao Poder Judiciário como o último dos súditos do Império (...)” (p. 565)

Esta exposição ficaria incompleta sem o reproduzir das palavras de **Rui Barbosa**, pronunciadas pelo Mestre ao apresentar sua Plataforma, em sessão pública, no Polytheama Baiano, a 15 de janeiro de 1910:

“Entre êstes [vexames do processo], avultam em iniquidade e deformidade os odiosos privilégios do fisco. Estranha coisa, que dos tempos coloniais aos imperiais, dos imperiais aos republicanos, atravessando os três regimens, guardassem eles, até hoje, o mesmo “visgo”, de que se lhe queixava o povo, há dois séculos e meio, quando se escreveu, em Portugal, a *Arte de Furtar* (...). Esse poder aglutinativo tem a sua consagração jurídica nas isenções e desigualdades legais, a que o erário se aferra ainda

hoje. Nasceram elas, mui logicamente, do absolutismo romano. Mui coe-
rentemente se preservaram debaixo da coroa portuguesa, quando o
patrimônio nacional se confundia com o de El-rei, nisso a que ele chama-
va “A minha real fazenda”...E, ao presente, no domínio de uma constitui-
ção que acabou com a justiça privilegiada para os feitos da Fazenda, sub-
metendo-a aos Tribunais ordinários da União representam um antagonis-
mo flagrante, descomunal, indecoroso com as nossas instituições (...).

.....
Não sei dizer a mágoa e o espanto, com que vi ressurgir ultimamente a
grosseira antigualha da apelação **ex officio** nas sentenças contra a Fazenda,
e a teoria leonina de que esta não tem prazo ou termo para embargar as
sentenças onde fôr condenada.

.....
Essas regalias, de outras épocas, ou de outros regimens, ora de na-
tureza processual, ora de ordem substantiva, alteram todas profunda-
mente a igualdade entre o Estado e o indivíduo nas relações de direito
privado.

Assim, quando contrata, como quando pleiteia, autora ou ré, a Fa-
zenda se nivela aos particulares, nas obrigações, que com estes contrai, e
nos atos, em que o mais forte dos dois lados se arrogue a si mesmo,
contra o outro, prerrogativa e vantagens, como essas, que, ou atentam
contra a substância do direito ou o ponham em inferioridade nos meios
de defesa.

.....
Apaguemos da legislação republicana os resquícios de uma tradição
obsoleta.”

Nos anos vinte, o Tenentismo. Em 1930, a Revolução. Em 1932, o 9 de
julho, a Revolução Constitucionalista, que no dizer de **Glauco Carneiro** foi

“a mais bela das revoluções republicanas brasileiras, pelo que repre-
sentou de mobilização de forças, dedicação à causa comum, tenacidade e
resistência.”

Um lustro após, o Estado Novo. A unificação do direito processual: o CPC
de 1939, substituído há um quarto de século pelo de 1973; e o CPP de 1941, que
aí se acha granitizado. No contexto, o Decreto-Lei nº 960, de 1938.

João Dantas Martins dos Reis, Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado de Sergipe, logo ponderou, ainda na década de quarenta:

“Quando o Estado comparece em Juízo nos seus conflitos com os particulares ‘o juiz não distingue os direitos de um ou de outro, considera-os no mesmo pé de preferência’, porque assim requer o regime democrático em que vivemos”. (p. 10).

O Código de 73 colocou entre os títulos executivos extrajudiciais

“a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Territórios e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei” (art. 585, VI).

O Fisco rebelou-se. Daí, o anteprojeto de que resultaria a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. A correspondente exposição de motivos explicitou a busca de

“adaptação do sistema implantado pelo novo Código às necessidades próprias da execução fiscal” (nº 18),

o mesmo ocorrendo

“com as normas especiais dos privilégios da Fazenda Pública, *de tradição secular*” (o destaque é de agora).

Hoje, como ontem, tudo **ad jura regis**. Os legisladores desatentaram na lição de **Rui** no Polytheama Baiano.

Crítica aguda faz Eduardo D. Bottallo à Lei de 80 que, no seu dizer,

“visou suprimir direitos individuais e atropelar procedimentos a respeito dos quais já se havia assentado manso e pacífico entendimento, além de penetrar em áreas que fogem aos limites reconhecidos do processo, ou seja, aquelas reservadas ao direito material tributário em sentido estrito” (p. 117).

O Professor **Humberto Theodoro Júnior** sustenta ser um dos defeitos fundamentais da Lei de Execução Fiscal

“a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional” (p. 4).

E faz esta observação:

“Quanto aos privilégios exagerados que a Lei nova instituiu em prol da Fazenda Pública, não se deve esquecer que no sistema democrático um dos princípios mais caros, na ordem constitucional, é o da *isonomia*, ou seja, o da igualdade de todos perante a lei” (p. 5).

O Professor e Magistrado **Alberto Nogueira**, que em seus trabalhos tem demonstrado agudo senso do drama que envolve a relação entre o Contribuinte e o Fisco, em tese de livre docência em Direito Tributário e Financeiro, nos idos de 1994, exprobou o que do autoritarismo de outros tempos resta na nossa legislação, exemplificando o art. 38 da Lei nº 6.830/80 (p. 119). O mesmo Doutor, em trabalho restampado em 1997, diz da necessidade de completa reformulação do mencionado diploma e da incompatibilidade de dispositivos seus com o devido processo legal (p. 70).

É necessária, sem turbção de dúvida, uma leitura segundo a Constituição de 1988 do texto legislado em 1980, porque o Estatuto Essencial vigente fixa a competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I) e estabelece, diversamente das constituições republicanas antecedentes, competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal fazer leis acerca de procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

Por certo, a circunstância de se tratar de uma lei a respeito de cobrança da dívida ativa da União não é obstativa da competência legislatória concorrente dos Estados. Ademais, quanto a procedimentos em matéria processual, a legislação federal deve ficar restrita a normas gerais (§ 1º), admitidas, ainda aí, disposições suplementárias criadas pelas próprias unidades federadas (§ 2º).

Em verdade, não seria de fazer espécie a lei estadual adotar, no âmbito da execução fiscal, preluindo o milênio próximo, a citação do executado e mesmo a intimação do representante da Fazenda Pública, por *certified electronic mail*, modalidade de comunicação já disponível.

Aliás, a própria Lei nº 6.830, já faz alguma referência a *processo eletrônico* (arts. 2º, § 7º, e 6º, § 2º)...

Referências bibliográficas

- Alencar, José de.** Discursos Parlamentares. Brasília: Câmara dos Deputados, 1977.
Azevedo, Carmem Lúcia. Administração Fazendária; in Fiscais e Meirinhos: a administração no Brasil colonial / coordenação de Graça Salgado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Brasília: INL, 1985.

- Bandeira, Antonio Herculano de Souza.** Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia., 1888.
- Barbosa, Rui.** Obras Completas, vol. XXXVII, 1910 – Execução Eleitoral. Rio: MEC, 1967.
- Barreto, Tobias.** Dias e Noites. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1881.
- Bottallo, Eduardo D.** Algumas Reflexões sobre o Processo de Execução Fiscal, à Luz da Constituição de 1988. In “Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário”. Coordenação de Tereza Arruda Alvim, James Marins e Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: 1ª ed., Revista dos Tribunais, 1995.
- Código Philipino ou Ordenações e Leis do *Reino de Portugal recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippi I*, 14ª ed., anotado por Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- Donato, Hernâni.** Dicionário das Batalhas Brasileiras. São Paulo: Ibrasa, 2ª ed., 1996.
- Malheiros, Agostinho Marques Perdigão.** Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional aos Juízos de Primeira Instância. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1859.
- Nogueira, Alberto.** 1. Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 2. O Devido Processo Legal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.
- Nogueira, Bernardo Guimarães Fisher de Sá.** *Da Casa d’El-Rei ao Supremo Tribunal de Justiça*: Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1995.
- Nunes, Castro.** Da Fazenda Pública em Juízo. Rio/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 2ª ed., 1960.
- Ordenações Afonsinas, Livro I, edição fac-similada da feita, em 1792, na Real Imprensa da Universidade de Coimbra. Lisboa: Fundação Calounste Gulbenkian, 1984.
- Pacheco, José da Silva.** Comentários à Lei de Execução Fiscal. São Paulo: Saraiva, 1997.
- Reale, Miguel.** Filosofia do Direito, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1957.
- Reis, João Dantas Martins dos.** Ação Executiva Fiscal da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Aracaju: Imprensa Oficial, 1958.

O Agravo (Regimental) Interno no STJ

Francisco Cláudio de Almeida Santos

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

O agravo inominado¹ atualmente previsto no art. 545 do Código de Processo Civil, após a modificação introduzida pela Lei nº 8.950, de 13.12.94, antes conhecido como “agravinho”, na expressão de **Pontes de Miranda** agasalhando antiga gíria forense, também conhecido como recurso atípico ou inominado, como agravo regimental (nomenclatura mais comum, atualmente) e ainda como agravo interno, conforme denominação predileta do Ministro Sálvio de Figueiredo, está definitivamente incorporado à lei processual como recurso de agravo, ultrapassando as fronteiras regimentais, desde a conhecida lei dos procedimentos perante o STF e o STJ ou simplesmente Lei dos Recursos, Lei nº 8.038, de 28.05.90, que, apesar de esvaziada pela reforma do Processo Civil², contém dois dispositivos sobre o assunto em pleno vigor, a saber:

“Art. 28....

§ 5º Da decisão do relator que negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento, caberá agravo para o órgão julgador no prazo de 5 (cinco) dias.”³

1. O agravo de que se trata não tem sido estudado em profundidade. Há contudo um excelente estudo de autoria do Prof. **E. D. Moniz de Araújo**, inclusive com o exame de suas raízes históricas, intitulado *Do Agravo Regimental*, publicado na coletânea comemorativa do cinquentenário da Revista dos Tribunais, Vol. 315, denominada *Estudos Jurídicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1962, pp. 130-152.
2. “A Lei dos Recursos ficou severamente esvaziada, quando para o Código de Processo Civil a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, transpôs os dispositivos referentes ao recurso extraordinário, ao recurso especial, ao recurso ordinário constitucional e aos embargos de divergência.... Mas a Lei dos recursos, cujo papel foi de muita importância na efetiva implantação do recurso especial e da nova técnica de processamento dos dois recursos *federais*, continua em vigor quanto à disciplina dos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (título I, arts. 1ª - 25). Suas *disposições gerais* prosseguem também, para o traçado geral da competência do relator nos dois tribunais (art. 38), para a previsão geral de agravo contra decisão monocrática portadora de gravame à parte (art. 39) e escolha dos julgamentos que devem ser precedidos de revisão (art. 4º). É a lição de **Cândido Dinamarco**, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 205-206.
3. A norma tem o mesmo sentido do art. 545 do CPC, *in verbis*: “Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de cinco dias.”

“Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.”

O dispositivo por último citado está localizado nas disposições gerais daquela lei e, sem distinção, estabelece hipótese de agravo de qualquer decisão do relator que causar gravame, de qualquer natureza, em qualquer processo, à parte. Haveria uma antinomia entre os dois dispositivos, ou entre a norma particular e a norma geral, ambas contidas na mesma lei (?); em caso afirmativo, logicamente, se deveria optar pela regra peculiar que tem supremacia, segundo a lição de **Carlos Maximiliano**⁴; entretanto, antinomia não há entre os dispositivos citados como se demonstra, a seguir, em breve análise.

O § 5º do art. 28 dispõe caber agravo interno de toda decisão isolada do relator, a não conhecer ou negar provimento ao agravo de instrumento. É omissa a norma quanto à decisão a dar provimento ao agravo de instrumento. Desse quadro não se pode concluir pela vedação do agravo interno da decisão a prover o agravo de instrumento. Ao contrário, cogitando-se de interpretação de prescrição de ordem pública, como adiante será mostrado, o caso é de exegese estrita, não havendo margem para interpretação extensiva, ainda conforme o magistério prestigiado de **Carlos Maximiliano**.⁵

Assim, se da decisão do relator a dar provimento ao agravo de instrumento resultar gravame à parte contrária, caberá o agravo interno, aplicando-se a disposição geral, em pleno vigor, do art. 39 da Lei dos Recursos.

Como se harmonizam, por outro lado, tais disposições legais com a norma regimental (?) aparentemente antagônicas. No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, que jamais recebeu delegação legislativa para elaborar seu regimento, as normas regimentais relativas a Direito Processual devem, naturalmente, conformar-se com a lei processual⁶, sob pena de invalidade, e, no tocante ao Supremo Tribunal Federal, lei processual posterior revoga dispositivo regimental daquela excelsa Corte.

4. “*In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie.” *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1941, p.169.

5. *Ob. cit.*, p. 270.

6. V. o acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 74.761-2, DJ de 12.09.97, a declarar a inconstitucionalidade da expressão “absoluta de seus membros”, constante do **caput** do art. 181 do RISTJ.

No concernente à matéria, dispõe o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o seguinte:

“Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido.”

Em princípio, como se observa, prescreve o § 2º do dispositivo reproduzido não caber agravo regimental da decisão do relator a dar provimento ao agravo de instrumento e apenas para determinar a subida de recurso não admitido. A regra regimental, entretanto, somente pode ser acomodada no sistema legal processual, se a decisão a determinar a subida de recurso não admitido não causar gravame à parte agravada, gravame que somente se revelaria se, antes de examinar a viabilidade do recurso especial (não admitido), a decisão não observasse as condições de admissibilidade do próprio agravo de instrumento, daí decorrendo o prejuízo para a parte adversa.

Assim, se o agravo de instrumento for interposto fora do prazo legal, se manifestado por parte ilegítima, se a parte não estiver regularmente representada, se não for efetuado o preparo, se não observada a jurisprudência consolidada no Verbete Sumular nº 182 do STJ (“É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”), e se o agravo não contiver todas as peças obrigatórias referidas no § 1º do art. 544 do estatuto processual aplicável, o descumprimento ou a inobservância das normas cogentes que regem as hipóteses, causarão gravame à parte contrária, ensejando o manejo do agravo (regimental) interno, nos termos do disposto no art. 39 da Lei de Recursos, atrás transcrito.

Ao contrário, diante de um agravo de instrumento interposto a tempo e modo, pela parte interessada, bem representada, pago o preparo, observada a Súmula nº 182, e composto de todas as peças obrigatórias, caso o relator convença-se da necessidade de dar provimento àquele agravo para melhor exame do recurso especial, descabe qualquer recurso, principalmente, o agravo interno de que se cuida, cabendo ao interessado discutir os pressupostos de

admissibilidade do recurso especial, tais como a não-observância do princípio da eventualidade pela falta de impugnação de algum fundamento bastante para manter o acórdão recorrido, a ausência de prequestionamento, o reexame de matéria de fato ou a interpretação de cláusula contratual, a falta de demonstração ou a inexistência do dissídio jurisprudencial, além do mérito do recurso, por ocasião do julgamento do especial, em sustentação oral, não no agravo regimental previsto na Lei de Recursos e no **caput** da norma regimental.

Neste caso, é admissível a aplicação do dispositivo regimental, a vedar agravo de decisão do relator para “melhor exame” do especial.

A hipótese é semelhante à decisão da presidência da Corte de origem, a dar seguimento ao recurso especial. Dela não cabe qualquer recurso, ainda que o especial seja inepto ou tenha sido interposto fora de prazo, cabendo à parte prejudicada discutir o erro ou ilegalidade da decisão presidencial ao ensejo do julgamento do recurso especial, em sustentação oral, perante a Turma competente no STJ, foro próprio para a apreciação e decisão da violação da lei federal.

Razões poderosas e de muita justiça fundamentam o nosso entendimento. Na hipótese de agravo de instrumento sem condições de admissibilidade, havendo intempestividade, com efeito, acontece o trânsito em julgado formal da decisão da presidência do tribunal, do que decorre a coisa julgada relativa à decisão do acórdão do segundo grau de jurisdição ordinária, tema de magna importância cuja segurança é resguardada, inclusive, pela Constituição da República (art. 5º, XXXVI), e, ainda na mesma hipótese, na falta de documento obrigatório, a lei processual comina sanção irremediável ao agravo cujo instrumento está incompleto: o seu não conhecimento.

O agravo de instrumento, destarte, não pode deixar de estar completo, com todas as peças obrigatórias, “sob pena de não conhecimento”, conforme expressamente consta no texto da lei – art. 544, § 1º, do estatuto processual civil.

Em ambas situações e até em outras que foram exemplificadas atrás (falta de preparo, ilegitimidade do agravante, defeito de representação **ad judicium** da parte e ausência de impugnação da decisão agravada), seria absurdo defender-se a irrecorribilidade da decisão de provimento do agravo de instrumento, porque importaria na preclusão da questão ou das questões ali discutidas, com gravíssima lesão a direito do agravado, até porque não haveria mais oportunidade para a discussão da matéria, eis que, no julgamento do recurso especial, não mais se pode debater questão, de rigor, preclusa, pertinente à admissibilidade do agravo de instrumento, mas, exclusivamente, aquelas relativas à admissibilidade e ao mérito do recurso especial.

Entender, ao contrário, que, no julgamento do recurso especial, se pode abrir um espaço preliminar para a apreciação das condições de admissibilidade

do agravo de instrumento, seria incorrer em pura perda de tempo, em falta de técnica no julgamento do especial, e, o que é mais grave, incorrer em atentado ao princípio da eventualidade.

Mais a mais, para ajustar a disposição regimental (§ 2º do art. 258) à hermenêutica que se deve dar à lei processual, a considerar decisão interlocutória aquela que “resolve questão incidente” (art. 162, § 2º, do CPC), *v.g.*, a que conhece ou não conhece do agravo de instrumento, ou, ainda, a que lhe dá indevidamente, *d. v.*, ou nega, provimento, e a prever, expressamente, o recurso de agravo das decisões interlocutórias em geral (“das decisões interlocutórias caberá agravo...” – art. 522 do CPC) e da decisão do relator que causar gravame à parte (art. 39 da Lei nº 8.038/90), é imperioso reconhecer o cabimento do recurso interno, no caso.

De lembrar, finalmente, que o juiz não pode fazer tábula rasa da norma processual para processar agravo de instrumento intempestivo, sem preparo, ou incompleto, isto é, sem as peças obrigatórias, tendo em vista a natureza de ordem pública da lei processual, conforme lição dos doutos.

O Ministro Evandro Gueiros Leite, em preciosa monografia (dissertação para o concurso de livre-docência à disciplina Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) intitulada “Conflitos Intercontextuais de Processo”, traz a observação de **Hugo Alsina**, “de que as normas processuais (referindo-se às já codificadas) são regras que traduzem um estado de consciência coletivo, a que deve ajustar-se a conduta humana, regras que não foram editadas em caráter persuasivo ou doutrinário, mas impostas imperativamente como *ordens* a ser cumpridas, ainda que contra a vontade dos cidadãos, tanto que devem conter, também a *garantia* da sua eficácia” (**Hugo Alsina**, *Tratado Teórico e Prático de Derecho Civil y Comercial*, 1941, Tomo I, p. 37.⁷).

A prosseguir, após lembrar que o Direito Processual Civil somente “imperava através de norma escrita”, ao contrário de outros ramos do Direito que também operam por coerção ética ou por exortação, assevera:

“As normas de direito processual civil são, precisamente por essa característica, normas de direito público, além, da razão dada por Chiovenda de que ‘são normas de direito público porque regulam uma atividade pública’. (**Giuseppe Chiovenda**, *Instituições de Direito Processual Civil*; Vol. I, tradução da 2ª ed. por J. Guimarães Menegale, com anotações de **Tullio Liebman**, p. 119).⁸”

7. Rio, Livraria Freitas Bastos S/A, 1963, p. 20.

8. Ob. cit., p. 21.

E, adiante, a concluir, pontifica:

“Os princípios de direito processual que inspiram as normas codificadas, precisamente porque têm por objetivo regular o processo público (de que o processo privado, com o juízo arbitral, é verdadeira exceção, tão pouco freqüentemente é utilizado entre nós) são princípios de ordem pública. Entendem com a proteção dos direitos propriamente adjetivos (ação, exceção, recurso) e com os termos em que estes se projetam no processo, e por isso as normas codificadas, os princípios que se tornaram em lei escrita são, em regra, **jus cogens**. O que equivale a dizer que as normas processuais são ao mesmo tempo coagentes e cogentes, dando-se-lhes, em princípio, caráter obrigatório.”⁹

Não difere a doutrina moderna, decorridos mais de trinta anos da publicação daquela tese, depois de um novo código de processo e de uma nova constituição no País, sobretudo tendo em vista o princípio constitucional do *due process law*. **Carlos Roberto de Siqueira Castro**, em excelente trabalho jurídico intitulado “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, confirma a obrigatoriedade da norma processual, ao dizer:

“Cumpre notar, por outro lado, que a garantia do devido processo legal exige que a jurisdição seja prestada segundo os procedimentos ditados pela legislação processual, cuja rigorosa observância é requisito da regularidade do processo.”¹⁰

Tal lição é chancelada pelo douto autor gaúcho, **Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**, que, em obra pioneira, intitulada *Do Formalismo no Processo Civil*, traz, dentre outras, esta incisiva conclusão:

“A garantia do devido processo legal atua principalmente de modo negativo e não autoriza o órgão judicial a descumprir o direito positivo processual”.¹¹

A jurisprudência, em especial do STJ, está acorde com a doutrina. Na verdade,

9. Ob. cit., p. 23.

10. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989, pp. 288/289.

11. São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 223.

em recente julgado, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim se manifestou:

“Trata-se de norma cogente, estando tanto as partes com o julgador vinculados a tal comando. Assim, a ausência de alguma dessas peças obrigatórias afeta a regularidade formal do recurso, um dos pressupostos gerais de recorribilidade, impondo o seu não conhecimento.” (trecho de ementa no REsp nº 156.704-DF, DJ de 21.09.98).

Diante do descumprimento da lei processual da espécie, a parte que sofre o gravame não pode deixar correr o prazo de preclusão da matéria decidida, e, assim, somente o agravo (regimental) interno é capaz de proporcionar a correção do decisório que se impõe. Por óbvio, nenhum advogado deixará passar **in albis** prazo preclusivo a respeito de questão de magna importância, confiado em um posterior reexame do ponto questionado, de rigor, impossível.

Nesta quadra, faz-se oportuno registrar a existência de dissídio no interior do STJ sobre o cabimento ou não do agravo dito regimental, nas situações controvertidas relatadas neste breve trabalho.

Assim, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 94.658/SP, por maioria, relator para o acórdão o Ministro José de Jesus Filho, vencidos os Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado, entendeu, independentemente de não haver interposição de agravo interno, inexistir preclusão de qualquer matéria sobre o agravo de instrumento, sendo o julgamento do recurso especial o momento oportuno para a apreciação de preliminar atinente à deficiência no traslado de peças do agravo de instrumento, alegada em sustentação oral, e assim decidiu na conformidade deste trecho da ementa do respectivo acórdão:

“Não se conhece do recurso especial que subiu a esta Corte em face de provimento de agravo de instrumento que não consta o traslado da procuração outorgada ao advogado da agravada nos termos do § 1º do art. 544 do CPC.”

E mais recentemente, no julgamento do Agravo Regimental no Ag nº 193.920/CE, cujo acórdão ainda não foi publicado, a mesma Turma, ainda por votação majoritária, vencidos os Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado, que conheciam do agravo interno, entendeu claramente não ser cabível o agravo regimental, destacando o Ministro Demócrito Reinaldo, entretanto, que a matéria pode ser discutida como preliminar no julgamento do recurso especial. O pensamento do relator, Ministro Milton Luiz Pereira, não ficou muito claro

durante a votação, aguardando-se a publicação do acórdão para melhor esclarecimento, e a posição do Ministro Garcia Vieira é radicalmente contrária ao cabimento de qualquer recurso da decisão do relator a dar provimento ao agravo de instrumento.

Saliente-se que há, pelo menos, um pronunciamento da doutrina em prol da tese explicitamente defendida pelo Ministro Demócrito Reinaldo, ainda que sem justificativa, principalmente, a respeito da preclusão. Refiro-me ao comentário de **Clito Fornaciari Júnior**, em seu livro com o título *A Reforma Processual Civil (Artigo por Artigo)*, nestes termos:

“Da decisão que dá provimento ao agravo de instrumento não cabe recurso algum, não ocorrendo, porém, preclusão, pois a matéria poderá ser revista quando do julgamento do recurso principal ou mesmo quando da apreciação do agravo convertido em especial ou extraordinário.”¹²

Em abono do mesmo entendimento, destaque-se decisão da Primeira Turma, do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 89.693/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira (DJ de 06.04.84, p. 15.101), com esta ementa:

“Agravo Regimental. Despacho, em agravo de instrumento, que determina suba o recurso extraordinário, com as razões das partes, para melhor exame, apoiado no RISTF, arts. 21, VI, e 316. Agravo Regimental contra esse despacho, alegando ausência de mandato, em favor do procurador do agravante, e assim, a inexistência do agravo (CPC, art. 37, parágrafo único). Procurador que fez sustentação oral, ao ensejo do julgamento do recurso de revista, constando da ata haver pedido juntada do instrumento procuratório, sendo intimado do despacho presidencial, que inadmitiu o recurso extraordinário. Matéria que melhor será apreciada, ao ensejo do julgamento do recurso extraordinário. Agravo Regimental desprovido.”

Note-se que o agravo regimental foi conhecido, embora desprovido. A orientação do Supremo Tribunal Federal, aliás bastante antiga¹³, é no sentido de não admitir e, portanto, de não conhecer, do agravo da decisão do relator a

12. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 144.

13. **E. D. Moniz Araújo**, no artigo de doutrina mencionado na nota 1, retro, no regime do Código de Processo Civil de 39, faz estas considerações a respeito do tema:

“Outro ângulo digno de nota diz respeito ao despacho deferitório enquanto aos seus efeitos no que toca à outra parte. Admitida a pretensão de um dos litigantes, deverá o seu

dar seguimento ao recurso extraordinário¹⁴, reafirmada na vigência da Lei dos Recursos, segundo se verifica na seguinte ementa do acórdão proferido pela Primeira Turma, no AgRgAg nº 136.340/DF, relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 20.09.91:

“– Agravo regimental contra decisão do relator que, em agravo de instrumento contra despacho que não admitiu recurso extraordinário, determina a subida deste para melhor exame.

– Esta Turma, em julgamentos recentes, já firmou o entendimento de que, em face do artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.038, de 20.05.90, que só prevê agravo contra decisão do relator que negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, continua em vigor o disposto no artigo 305 do Regimento Interno desta Corte, o qual preceitua que não caberá recurso de deliberação

adversário agravar imediatamente, a fim de evitar a preclusão? Este problema talvez se pudesse compreender no anterior, mas merece um tratamento à parte. Nele se enquadram as hipóteses dos embargos de nulidade e infringentes do julgado, da revista ou do mandado de segurança, sem falarmos em outras.

Conquanto o relator defira o pedido do requerente, não está a outra parte obrigada a agravar de imediato, para focalizar os obstáculos ao cabimento e os pressupostos do pedido. Essa análise poderá e deverá fazê-la, como preliminar, ao ter de responder às alegações de seu antagonista, e o tribunal delas conhecerá no julgamento da própria causa.

Chamado a manifestar-se sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal, atirando o disco além da barra, foi bem mais longe e negou, mesmo o cabimento do *agravinho*: (Do despacho que não admite embargos de nulidade é que a lei concede recurso de agravo. Desde que recebidos os embargos, os despachos proferidos nessa fase do processo não estão sujeitos a recurso de espécie alguma). A tanto não iríamos, obviamente. Em princípio assiste à parte o direito de pleitear incontinenti a integração da vontade do Tribunal. A questão, ao que nos parece, foi mal posta quando do debate travado no Supremo Tribunal Federal.”(p. 146).

14. V. as seguintes ementas de decisões do STF “Ementa: – Direito Processual Civil.

Agravo Regimental contra decisão monocrática de Relator, no STF, que determina a subida de RE, para melhor exame.

Inadmissibilidade (art. 305 do RI). Agravo não conhecido. Precedentes.” (AgRgAg nº 173.698-MG, Primeira Turma, relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 08.03.96).

“Agravo regimental. Despacho do relator que, em agravo de instrumento, determina subam os autos do recurso extraordinário, para melhor exame. Não cabe, contra esse despacho, agravo regimental.

Precedentes do STF. Agravo regimental não conhecido.” (AgRgAg nº 136.146-DF, Segunda Turma, relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 23.08.91).

“Agravo regimental. Do despacho do relator que determina suba o recurso extraordinário para melhor exame não cabe agravo regimental. De acordo com o art. 305 do RISTF é incabível recurso da deliberação da Turma ou do Relator que remeter processo ao julgamento do Plenário, ou que determinar, em agravo de instrumento, o processamento do recurso denegado ou procrastinado. A decisão não implica qualquer juízo antecipado sequer sobre a viabilidade ou o conhecimento preliminar do recurso extraordinário. Precedentes do STF. Agravo regimental não conhecido.” (AgRgAg nº 167.809-PR, Segunda Turma, relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 24.05.96).

do relator que determinar, em agravo de instrumento, o processamento de recurso denegado.

Agravo regimental não conhecido.”

A douta Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no entretanto, por votação majoritária, entende admissível o agravo regimental, limitado à discussão do “descabimento do agravo de instrumento”, consoante se constata da simples leitura da primeira parte da ementa do acórdão proferido no Ag nº 109.064/RJ (DJ de 02.06.1997), relator o Ministro Eduardo Ribeiro:

“Agravo de instrumento provido. Agravo regimental.

Admissibilidade, na medida em que sustente o descabimento do agravo de instrumento e não do recurso especial.”

O voto discordante naquele órgão fracionário é do Ministro Nilson Naves que entende não caber o agravo de decisão de relator a prover agravo de instrumento.

A mesma egrégia Terceira Turma, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 115.187/SP, inicialmente provido pelo Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, não obstante a falta da certidão de intimação do acórdão do tribunal estadual, no mesmo sentido, conheceu e deu provimento ao recurso interno então interposto para declarar que não se conhecia do agravo originário diante da falta de peça obrigatória à aferição da tempestividade do recurso especial.

O acórdão correspondente a este julgamento ainda não foi publicado, porém o resultado do julgamento informa que o agravo foi conhecido contra o voto do Ministro Nilson Naves.

Diante da divergência entre o entendimento da Primeira Turma e da Terceira Turma, convém que o Tribunal, através de sua Corte Especial, uniformize a sua jurisprudência, na primeira oportunidade que se apresentar, para eliminar o dissídio interno acerca do cabimento de agravo regimental de decisão a dar provimento a agravo de instrumento, “na medida em que se sustente o descabimento do agravo de instrumento”, na precisa e correta orientação do Ministro Eduardo Ribeiro, tendo em vista a relevância da questão processual, tal a sua frequência na Corte Superior de Justiça, e a necessidade de prevenir divergência, para proporcionar maior segurança aos jurisdicionados.

A uniformização sugerida certamente acontecerá na linha do entendimento da Terceira Turma, que, sem deixar de cumprir a disposição regimental, harmoniza sua interpretação com as normas processuais aplicáveis e principalmente com o art. 39 da Lei nº 8.038/90.

As resumidas considerações aqui desenvolvidas também são válidas para o agravo regimental no Supremo Tribunal Federal.

O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição, sua vontade e sua alma

Quase um século depois, ao contrariar a teoria de **Lassale** de que questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim questões políticas¹, também em uma outra conferência, que o tempo somente faz crescer, professor **Hesse** sua tese de que, a par dos fatores históricos, políticos e sociais na formação do poder normativo da Constituição, relevo maior tem a vontade desta, ou seja, a Constituição somente se transforma em força ativa se existe a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida².

Segundo **Hesse**, embora a Constituição jurídica não possa ser destacada da realidade do seu tempo, é ela que aspira e consegue despertar a força que reside na natureza das coisas, modificando, influenciando e determinando a realidade política e social, tanto mais se impondo quanto maior for a convicção da sua inviolabilidade³.

Adhemar Ferreira Maciel, escrevendo sobre o Supremo Tribunal Federal e o Texto de 1988, por sua vez salientou que toda Constituição tem uma “alma”, enfatizando que é nela que se fundamenta o modelar Judiciário norte-americano no exercício do seu imenso poder político, enaltecido por Tocqueville, Salisbury e Laboulaye, “alma” que, no passado, permitiu aos puritanos da Nova Inglaterra marcar com a letra “A” as adúlteras e, em tempos mais recentes, compreendeu a liberação sexual, “alma” que levou Roger Taney a declarar, na Suprema Corte, que “negro não é cidadão” e, mais tarde, presenciou um descendente de escravos postulando a presidência do país e um outro ter assento naquele admirável Tribunal, “alma”, enfim, que no caso *Broen versus*

1. Na medida em que um país reflete as relações de poder que o presidem – econômico, militar, social e intelectual –, formadores da Constituição “real”.
2. Vontade essa que ao Direito Constitucional incumbe realçar, despertar e preservar.
3. **Konrad Hesse**, *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

Board of Education of Topeka sepultou a doutrina racista do *separate but equal*, segundo a qual os não-brancos eram considerados “iguais, desde que ficassem em seu canto”.

Por que essas referências à “vontade” da Constituição e à “alma” que inspira e aquece esse pergaminho que cada vez mais serve de bússola aos povos democráticos?

Porque é na sua força normativa que repousa a segurança dos cidadãos e a paz social, na qual o legislador busca diretrizes e o jurista encontra os alicerces da ordem jurídica. Porque é na Lei Maior que se encontram os princípios que inspiram, regem e disciplinam o processo.

Recém-saídos de um período autoritário, retornamos à aprendizagem democrática e ao convívio com a liberdade, “essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há quem explique e ninguém que não entenda”, no dizer poético de **Cecília Meirelles**, em seu *Cancioneiro da Inconfidência*⁴.

Aí está o texto de 1988, analítico, demagógico, incoerente e infeliz em muitos pontos, mas a refletir o estágio atual que vivemos neste país de tantas belezas e riquezas, via de regra, tão mal administrado.

É forçoso reconhecer, no entanto, que nenhum texto constitucional valorizou tanto a “Justiça”⁵, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social.

Além de valorizar o advogado e a Defensoria Pública, elevando esta à nobreza constitucional e proclamando aquele indispensável à administração da Justiça, enriquecer extraordinariamente o Ministério Público, declarando-o instituição essencial à função jurisdicional e incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deu o constituinte, no plano formal, especial relevo ao Judiciário, contemplando-o com as autonomias administrativa e financeira, ensejando-lhe a formulação do estatuto dos seus juizes, observados determinados parâmetros e valores.

Ampliou o constituinte os instrumentos de proteção aos direitos fundamentais, adotando os institutos do mandado de injunção, do **habeas data**, a modalidade coletiva do mandado de segurança e fortalecendo a ação direta de inconstitucionalidade – a mais importante do nosso sistema –, com significativos reflexos na sociedade; e teve inegável visão coletiva, não só ao dar legitimação

4. Romance XXIV ou da Bandeira da Inconfidência.

5. A respeito do processo civil na Constituição de 1988, v. Mandados de Segurança e de Injunção, Saraiva, 1990.

ativa a entidades de classe, confederações e órgãos de representação popular, como ao proteger interesses coletivos e difusos e tornar obrigatória a criação de juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor poder ofensivo, sensível aí ao sucesso representado pelos juizados de pequenas causas em diversas unidades da Federação, com destaque para os juizados informais, uma experiência fascinante, de marcante idealismo e elevado alcance⁶.

Não se esqueceu o constituinte, outrossim, da imperiosa necessidade de tornar mais célere e simples a entrega da tutela jurisdicional, externando a vontade, através da força normativa da Constituição, de influir no aprimoramento dessa prestação, especialmente através do aperfeiçoamento das vias procedimentais.

Assim, a par da obrigatoriedade na adoção dos referidos juizados especiais, outorgou aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), tomando ainda como critério na aferição do merecimento, para fins de acesso na carreira da magistratura, a presteza no exercício da jurisdição.

Não é recente essa preocupação com os procedimentos e a celeridade. Há poucos anos, através da Emenda Constitucional nº 1/69, chegou-se a editar uma norma⁷ segundo a qual, para as causas ou litígios que a lei viesse a definir, poderiam ser instituídos processo e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes. Não obstante revogada essa norma pela Emenda nº 7/77, pela sua manifesta inutilidade técnica, serviu ela para estimular a adoção do “sumaríssimo” no vigente Código de Processo Civil⁸.

O processo civil brasileiro e o procedimento. Evolução e reforma

A evolução dos estudos processuais, marcadamente a partir do “proces-

6. São exemplos, dentre outros, os de Minas Gerais, onde recentemente, na Comarca de Pedra Azul, se instalou o centésimo, alguns dos quais funcionando na Universidade, em centros comunitários, no Procon e até mesmo na Câmara Municipal de Belo Horizonte, juizados que evoco com orgulho e saudade pelos laços que com eles tive em seus primeiros anos, no exercício da função de coordenador, ao lado de tantos juizes, advogados e servidores idealistas.

7. Parágrafo único do art. 112.

8. Exposição de Motivos nº 37, Cap. VI, do Min. Alfredo Buzaid: “a virtude do procedimento sumaríssimo está em que ele se desenvolve **simpliciter et de plano ac sine streptu**. O que o caracteriza é a simplificação de atos, de modo que as demandas sejam processadas e decididas em curto espaço de tempo e com o mínimo de despesas”.

sualismo científico”, em meados do século passado, veio fixar os limites demarcatórios entre processo e procedimento.

Pelo primeiro, veio a compreender-se o meio de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da tutela jurisdicional, um dos institutos fundamentais do Direito Processual, ao lado da jurisdição e da ação. Em outras palavras, por processo, sob o ponto de vista científico, passou-se a compreender o conjunto de atos tendentes à composição da lide; sob o ponto de vista da cidadania, o instrumento de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas.

Diversamente, por procedimento se passou a compreender o modo e a forma como aqueles atos atuam, variando para corresponder à pluralidade de provimentos, alguns complexos, outros mais expeditos, sumários ou abreviados pela redução de prazos ou supressão de atos.

O *Direito romano*, em seus três períodos – das ações da lei, do formulário e da cognição extraordinária –, não devotou preocupação com a dicotomia em procedimentos ordinário e sumário.

Segundo a boa doutrina⁹, a sumariedade, que tem suas origens na bula *Clementina Saepe Contingit*, de 1306, em sua pureza conceitual apresentaria características bem diversas das que hoje lhe damos, por representar não mera simplificação procedimental, mas sim procedimento de cognição restrita, incompleta, a exemplo do que hoje se verifica em relação às cautelares.

Essa sumariedade, em sua concepção original, refletia a orientação consagrada na fórmula **simpliciter breviter, de plano ac sine strepitu et figura iudicii**, autorizadora de um procedimento rigorosamente oral e concentrado em uma única audiência, a dar-lhe feição de procedimento especial¹⁰. Como registra a história, vivia-se, então, o esplendor do Direito canônico, que viria contribuir decisivamente na formação do Direito comum, que tanto marcou o período derradeiro da Idade Média.

Essa sumariedade, todavia, foi pouco a pouco alterando o seu perfil, ficando o rótulo de sumário com os procedimentos de cognição plena mais rápidos, cada vez mais procurados para a solução da morosidade na solução dos litígios.

Tal postura, generalizando-se, atingiu também Portugal, sob cuja legislação filipina ficamos regidos por mais de três séculos, da mesma constando o procedimento sumário – sob os critérios de urgência, das pessoas em lide e do

9. **Fairen Guillén**, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1953.

10. Sobre o tema, dentre outros, confirmam-se as sínteses de **Furtado Fabrício** (Procedimento Sumaríssimo, 1977, Col. Ajuris) e **Jônathas Milhomens** (Do Procedimento Sumaríssimo, Forense, 1986), este evocando **Boehmero**, citado por **Lobão**.

pequeno valor – e o sumaríssimo-oral, relativo a bens móveis de valor sem maior expressão¹¹.

Por outro lado, se a busca de mecanismos mais rápidos e eficazes, sumários, quer sob a roupagem de cognição ampla, quer restrita, é uma constante desde o século XIV, impende considerar que o ideal de simplificação, celeridade e economia ganhou relevo nos albores deste século XX, sobretudo pela notável atuação de **Chiovenda** em favor da oralidade do processo, a influenciar os povos e as gerações que se seguiram¹², sendo dele a síntese de que o propósito do legislador deveria ser imprimir maior precisão no processo, tornar possível a certeza dos direitos e assegurar-lhes rápida satisfação.

No Brasil, o sumaríssimo¹³ foi introduzido em 1827, permaneceu no Regulamento nº 737, de 1850, sobreviveu em Códigos estaduais e foi praticamente suprimido no Código unitário de 1939. Já o sumário, igualmente suprimido em 1939, retornou em 1973 sob o nome inadequado de “sumaríssimo”, merecedor de tantas, conhecidas e fundadas críticas, que ironicamente chegam a chamá-lo de “ordinaríssimo” ou de “o mais ordinário de todos”.

Em estudo escrito há uma década¹⁴, anterior, portanto a adoção, entre nós, do “Juizado de Pequenas Causas” (Lei nº 7.224/84), anotei:

“Constatada a parcial frustração com a oralidade, que não solucionou de vez os problemas decorrentes da morosidade da Justiça, os novos tempos estão a buscar outros caminhos, que possam propiciar uma tutela jurisdicional mais rápida, sem prejuízo de sua eficiência, mesmo porque os propósitos de celeridade não devem prejudicar a eficiência do processo e a busca da verdade.

Experiências interessantes têm sido observadas, no estrangeiro e mesmo entre nós.

Uma delas se descortina no processo trabalhista, disciplinado por uma sistemática mais flexível e impregnado de objetividade.

A propósito, lembrou **Ada Pellegrini Grinover** que, ‘assim como os movimentos trabalhistas foram o germe e o impulso da evolução política e

11. Ordenações do Reino, Liv. I, Tít. 65, § 7º.

12. Esse movimento encontrou eco entre nós, como atesta o seguinte trecho da “plataforma” de Rui Barbosa, de 1910: “Alguns traços o definem: simplificação, rapidez, segurança, barateza, honestidade. Adverso à chicana, favorável ao desenvolvimento das capacidades na advocacia e na magistratura, acredito que a sua inauguração, reanimando a sua confiança na justiça, restituiria a vida ao foro, habituando o direito a resistir, em vez de se entregar por descrente dos tribunais e desanimado com os vexames do seu processo”.

13. Em Portugal foi impropriamente chamado de “ação sumaríssima”.

14. RF, 277:7.

social, a sua instrumentalização em juízo – o processo do trabalho – também foi e ainda é o germe da renovação do processo civil comum, processo esse que em grande parte guarda a marca do liberalismo clássico’.

A iniciativa mais acentuada, no entanto, verifica-se no Direito norte-americano, com as denominadas *Small Claims Courts*, normalmente sob a direção de um só juiz e integrada por árbitros e conciliadores, a saber, profissionais credenciados e sem qualquer remuneração.

Ocupam-se essas Cortes de causas de pequeno valor e têm procedimento bastante simplificado, dispensando a participação de advogados e a via recursal, e funcionando até mesmo em horários noturnos, para atender às conveniências do meio social.

Em Portugal, cita-se o exemplo magnífico do Tribunal de Polícia, composto de magistrados e destinado a decidir as pequenas causas, cíveis e criminais.

Os exemplos se multiplicam, sendo ainda marcante o fortalecimento da arbitragem em diversos países.

A par das Varas Distritais, já existentes em alguns Estados, cresce entre nós, vertiginosamente, a preocupação com a adoção de juízos que mais prontamente respondam às necessidades dos jurisdicionados, sobretudo na composição dos chamados pequenos conflitos de interesses.

Comissão de Alto Nível, constituída pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em cumprimento à decisão da classe em congresso nacional, sugeriu a criação de juízos distritais, conciliatórios, sumários, de instrução, em ambos os graus, com o acesso rápido e direto à Justiça, para a composição de pequenas causas.

Pronunciando-se no ‘Dia do Advogado’ (11.08.80), em Semana de Estudos patrocinada pela OAB-DF, o Ministro Extraordinário para a Desburocratização, após afirmar que o funcionamento da Justiça é moroso, o atendimento insatisfatório e o formalismo excessivo, e que a arbitragem poderia resolver alguns tipos de litígios, acentuou a necessidade de fortalecer a estrutura de primeira instância e a instalação, nos grandes centros urbanos, de uma Justiça realmente periférica, rápida e informal, constituída de juízes que estejam em contato direto com o povo para resolver as pequenas causas, os problemas que afetam o seu dia-a-dia, evitando, destarte, o afastamento entre a Justiça e o Povo.

Aduziu S. Exa. reputar ‘urgentemente necessário, nas grandes cidades, instituir Unidades Judiciais mais próximas dos fatos, funcionando à base de procedimentos tanto quanto possível oralizados e ágeis, para permitir que o juiz aprecie e julgue por convicção pessoal as pequenas causas cíveis, deli-

tos e contravenções, através do contato direto com as partes e as testemunhas’.

Enquanto não se permite maior flexibilidade, aos Estados em termos de normas procedimentais, mister se faz que a legislação federal seja alterada e aprimorada.

E, sob esse ângulo, o primeiro passo a ser dado será em relação ao atual sumaríssimo, que a ninguém contenta e a todos desagrada.”

O sumaríssimo, em sua moldura atual, não é, porém, o único mal das nossas deficiências procedimentais. Entre tantas, é apenas uma delas.

Cada povo tem o seu processo, que se enquadra em um sistema, regido por determinados princípios.

Representa ele uma manifestação cultural, a espelhar não apenas o modelo idealizado pelo legislador como também o momento histórico vivido pela sociedade e as carências desta em um determinado período.

Dentro dessa ótica, o nosso modelo tanto mostra o nosso atraso como as conquistas incorporadas à nossa formação. Temos um sistema de monopólio de unidade de jurisdição, necessidade de provocação pela parte legítima, contraditório, julgamento fundado em lei, fundamentado e público¹⁵, decisão necessariamente adstrita aos termos do pedido, vias de impugnação, tudo balizado pelo superior princípio do *due process of law*, que pressupõe observância do procedimento regular, contraditório e juiz natural.

Expressiva tem sido sua evolução no plano das garantias constitucionais. Assim, já em 1934 se adotava esse instrumento admirável, que é o mandado de segurança, para a proteção de direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus**. Em 1965, enriquecia-se o nosso sistema jurídico com a ação popular, introduzida pela Lei nº 4.717, destinada a legitimar o cidadão a pleitear a invalidade de atos lesivos ao patrimônio público. Em 1984, o legislador, pela Lei nº 7.224, proporcionou a adoção dos “juizados de pequenas causas”. Em 1985, editou a lei da “ação civil pública” (nº 7.347), preservando bens e valores caros à sociedade, especialmente os relacionados ao meio ambiente, colocando o nosso país na vanguarda da legislação existente. Em 1988, tivemos a Constituição e suas grandes conquistas. E em 1990, por força da nova Constituição, que elevava à condição de garantia constitucional a proteção ao consumidor, editou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), com consideráveis avanços no plano processual, como a adoção de ações coletivas

15. O *Justice Antony Scalia*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando de sua visita ao Brasil, chegou a manifestar sua admiração para com a publicidade dos nossos julgamentos.

para a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos, a legitimação ativa de grupos sociais, a inversão do ônus da prova e a eficácia **erga omnes e ultra partes** da coisa julgada.

Este quadro do processo contemporâneo demonstra de forma eloqüente o avanço científico do processo civil brasileiro neste crepúsculo do século XX.

A excelência dessa evolução legal e científica, no entanto, contrasta com a sistemática operacional da nossa legislação comum, destacadamente em relação à parte procedimental, deficiências que desde 1973 a doutrina vem arrolando e pontuando, igualmente conhecidas de quantos militam no foro, os que mais sofrem os seus efeitos.

Em 1975, no Simpósio de Curitiba, e, em 1980, em encontro nacional que reuniu a grande maioria dos processualistas brasileiros, numerosas críticas e sugestões foram formuladas.

Em 1985, Comissão constituída pelo Ministério da Justiça apresentou minucioso e longo estudo, com muitas sugestões boas e outras tantas polêmicas, tendo talvez por isso aquele se inviabilizado.

Preocupada com a má qualidade da prestação jurisdicional sob o ângulo da morosidade e do formalismo, via de regra atribuídos, por distorções de comunicação de massa, ao Judiciário, e mais especificamente aos juízes, a Associação dos Magistrados Brasileiros houve por bem oferecer a sua contribuição, ciente da advertência de **Ripert**¹⁶, segundo a qual o jurista não deve contentar-se em interpretar e aplicar a lei, mas participar da sua elaboração, contribuindo para o aprimoramento das instituições jurídicas.

Com esse objetivo, ofereceu-se ao Executivo para a formulação de anteprojetos nas áreas civil e penal, em razão do que uma Comissão foi constituída.

Consoante expôs a Comissão, três posicionamentos foram adotados:

- a) localizar os pontos de maior estrangulamento;
- b) optar, nesta fase, por alterações, de natureza apenas desburocratizante, visando à simplificação e à celeridade do processo civil;
- c) apresentar sugestões tanto quanto possível consensuais e em anteprojetos setoriais, para viabilizar o debate e a aprovação no Congresso Nacional.

Nesta primeira etapa, a Comissão apresentou os seguintes anteprojetos:

- a) de aprimoramento da disciplina recursal, com destaque para a nova siste-

16. O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno, Saraiva, 1937.

mática do *agravo* (arts. 522 a 529), para a concessão de *efeito suspensivo a recursos* (art. 557);

b) de simplificação da disciplina legal da *liquidação*, com reflexos na execução;

c) concernente à citação e à intimação, prioritariamente pela via postal;

d) relativo à prova pericial;

e) de aperfeiçoamento de *outros aspectos* do processo de conhecimento, com destaque para a busca da *conciliação* (arts. 125, IV, e 331), estimulando-a e promovendo-a em momento mais propício, assim como para o mecanismo de eficácia da *uniformização de jurisprudência* nas chamadas demandas múltiplas (art. 479), que hoje congestionam os serviços forenses, especialmente na Justiça Federal, mecanismo esse que ainda pode ser aperfeiçoado, compatibilizando-se os ideais de certeza e liberdade jurídica do julgador, a afastar o fantasma da *avocatória*, de inegável inspiração totalitária;

f) de mudança do atual *procedimento sumaríssimo* (arts. 275 a 281), que, inclusive, passa a ser chamado, com maior propriedade, de “sumário”, deixando o sumaríssimo para os juizados especiais previstos na Constituição, priorizando a busca da conciliação e ensejando o julgamento antecipado que a disciplina vigente inviabiliza.

Apresentados esses estudos, alguns dos quais já têm curso no Congresso Nacional como projetos, é de acrescentar-se que os demais anteprojetos foram entregues ao Ministério da Justiça em 17.12.92.

As tendências atuais do Processo Civil

A doutrina processual de ponta, nos últimos tempos, tem dirigido os seus estudos para aspectos mais relevantes que o simples conhecimento do processo como técnica de produção de atos e de julgamento, até mesmo porque, segundo conhecida lição de **Hauriou**, “reduzir o direito a uma técnica é rebaixá-lo”.

Se o contato do processualista com a lei, como dos juristas em geral, deve caracterizar-se inicialmente pela exegese e, em seguida, pela compreensão do sistema, seu terceiro momento há de caracterizar-se por uma postura crítica, de confronto com a realidade social.

Se o Direito Processual Civil se conceitua como conjunto de princípios e normas que disciplinam a forma de garantir o ordenamento jurídico, objetivando especificamente a justa composição dos litígios, não se pode perder de vista ser ele a “ciência da pacificação social”, no dizer vetusto e sempre atual de **Saredo**.

Com a acuidade e a sensibilidade que dele fizeram o maior dos processualis-

tas latino-americanos, advertiu **Couture** que os processualistas “acostumamos a manejar prazos, recursos, tipos de sentenças ou modalidades de petições, e ficamos, assim, no exterior das coisas, trabalhando com o envoltório de elementos substanciais”, dentro do qual, aduziu, “há alguma coisa mais, que é a essência mesma do direito”.

Nessa mesma trilha, encarando o Direito Processual como fenômeno de massa, anotou **Cappelletti** que “muitos processualistas gastam o seu tempo e sua energia no exame de problemas abstratos e dogmáticos, que servem à elaboração de livros, mas nem sempre conduzem à compreensão e ao aperfeiçoamento do fenômeno social do processo”¹⁷.

Em trabalho intitulado “Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil”¹⁸, **Barbosa Moreira** situa essas inclinações em três vertentes, a saber: a internacionalização, a socialização e a instrumentalidade.

Mostrou aquele exímio jurista não apenas o interesse crescente com os tratados e convenções, com os efeitos da sentença estrangeira e com o impressionante desenvolvimento da arbitragem, mas sobretudo a transformação do processo, que nasceu e se desenvolveu dentro de um modelo liberal-individualista, e que, há um século, vem mudando para vestir-se com um figurino de cunho social, no qual ganha relevo a instrumentalidade.

Na realidade, é de convir-se que essa se insere na própria concepção social do processo, na medida em que partem ambas de uma mesma origem, ou seja, a insatisfação, generalizada e universal, com o rendimento do mecanismo judicial.

Se o modelo social se alicerça no aumento de prestígio de princípios, como o do impulso oficial, da participação ativa do juiz na apuração dos fatos e na busca da verdade real, da igualdade e do acesso à tutela jurisdicional do Estado, na admissibilidade da **res iudicata erga omnes** ou **ultra partes** e na legitimação ativa de agrupamentos sociais e entidades coletivas, a instrumentalidade, por seu turno, tem na efetividade seu aspecto mais significativo, de que é exemplo a utilização cada vez mais freqüente de cautelares e liminares, muitas vezes com resultados satisfativos, impondo-se reconhecer que tanto uma como outra reclamam processo de curta duração e procedimentos simplificados, com a adoção de técnicas de sumarização, a exemplo da “parcialização da lide”¹⁹.

Em relatório apresentado ao VII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em 1987, na Holanda, sob o tema “Justiça e Eficiência”, as-

17. *Giustizia e Società*, Milano, 1977.

18. *Revista de Processo*, 31:199.

19. Cf. **Ovidio A. Baptista da Silva**, *A Plenitude de Defesa no Processo Civil*.

sinalou **Gimeno Sendra** que a eficiência da “Justiça” estaria condicionada às garantias de:

- a) pleno exercício do direito de ação e defesa;
- b) solução razoavelmente rápida do litígio por órgão independente e mediante correta aplicação do direito;
- c) existência de medidas, cautelares e executivas, que possibilitem a tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos.

Traduzindo esse posicionamento, escreveu **Calmon de Passos**²⁰, reproduzindo a conclusão daquele autor:

“a idéia, pois, de eficácia da justiça se encontra, na atualidade, intimamente ligada à de um modelo de processo que, sem esquecer seus princípios constitucionais (contraditório, igualdade de armas, dispositividade nas democracias ocidentais), possibilite uma rápida solução do conflito, mediante o descobrimento da relação jurídico-material debatida e a aplicação, a ela, do direito objetivo, com os mesmos custos para as partes. Celeridade, economia e justiça material confirmam os novos postulados do modelo processual do Estado Social de Direito, que se superpuseram aos clássicos do liberalismo.”

Outra não foi a diretriz traçada no recente IX Congresso, realizado em Portugal, no qual não só se proclamou que a norma do art. 244 do nosso Código de Processo Civil, que autoriza ao juiz considerar válido o ato desde que alcançado o seu objetivo, constitui a mais bela regra do atual Direito Processual no plano internacional, como também se deu particular desta – que à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza (colacionando lição de **Galeno Lacerda**, de sobredireito processual), e relacionadas foram notáveis experiências no campo da técnica a serviço da Justiça.

Como se vê, nas mais avançadas concepções de um novo projeto de processo, presentes sempre estão as idéias de celeridade e simplificação, daí constituir truísmo a afirmação de que todas as reformas processuais, todas elas, não têm objetivo maior senão criar formas mais rápidas para afastar a morosidade e o formalismo exacerbado do procedimento judicial²¹. Em outras palavras, “técnicas imaginadas para instrumentalizar, com a justiça possível e a custos toleráveis, a pacificação civilizada dos conflitos sociais”²².

20. Estudos Jurídicos, IEJ, Rio de Janeiro, 1991, nº 2.

21. Recorde-se aqui a lição de **Fritz Baur**, para quem só um procedimento célere pode dar efetividade ao processo (Revista Brasileira de Direito Processual, 7:57).

22. **Ovídio A. Baptista da Silva**, A Plenitude de Defesa no Processo Civil, cit.

A Justiça ideal

Justiça ideal, proclamam os estudiosos, é a Justiça de boa qualidade, econômica e célere. É de convir-se, no entanto, que, se a adoção de uma boa legislação é essencial a esse fim, de igual forma se impõem outras medidas, sem as quais serão ilusórias as modificações legislativas.

Como salientou a referida Comissão de 1991, o aprimoramento da prestação jurisdicional reclama, a par da modernização da lei processual, uma profunda mudança em nossa atual organização judiciária, ultrapassada pelos avanços alcançados pela ciência e pela tecnologia, insuficiente, especialmente pela carência de recursos materiais e humanos, para atender aos reclamos da sociedade em que vivemos e do século que se aproxima.

Ao contrário do que ocorre na área econômica, vive-se no Brasil jurídico de hoje um momento extraordinariamente fecundo nos planos doutrinários e jurisprudencial.

Se a nossa prolífera literatura jurídica atingiu invidiosa maturidade, apresentando grande número de obras e estudos de apurada qualidade, com perspectivas de crescente aprimoramento, a jurisprudência de melhor quilate nada fica a dever às congêneres estrangeiras, devendo-se olhar, sob uma perspectiva axiológica, os movimentos culturais e ideológicos que eclodem na magistratura, naquilo que têm de idealismo e justo inconformismo. Mesmo porque soberana é a vida, não a lei.

Se o Judiciário, como Poder, no panorama atual, ganha a confiança do cidadão e a qualidade do provimento judicial é, via de regra, satisfatória, o mesmo não se dá, porém, em relação à presteza, muito embora se deva reconhecer ser o fenômeno mundial²³.

Quais seriam as demais causas de morosidade, geradora de tantas e generalizadas insatisfações, proclamadas pelos advogados, pelas partes, pelo povo em geral e pelos próprios juízes?

Não são difíceis de serem localizadas e têm sido apontadas com frequência por quantos sobre o tema se debruçam na busca de uma solução.

Não se nega que, como em qualquer outra atividade humana, há juízes lentos, perplexos e até mesmo “letárgicos”, para usarmos expressão de **Bertrand Russel**²⁴. O que não se pode, entretanto, é generalizar, sobretudo

23. Como exemplifica recente afirmação do Presidente da Suprema Corte espanhola, ao declarar, na solenidade de abertura do ano judiciário, em setembro de 1991, que naquele país, atualmente com elogiável economia, o Judiciário ali está um século atrasado (*Jornal Ya*, de 14 set., 1991).

24. *A Minha Concepção do Mundo*, Porto – Portugal, Brasília Ed., nº 7.

quando se conhece a abnegação da grande maioria dos magistrados brasileiros, que se vêem às voltas, especialmente no cível, com excessivo volume de serviço, bem acima da condição humana, a desanimar os diligentes e a justificar os preguiçosos.

A essa avalanche de litígios, que decorre em grande parte das concentrações urbanas e dos conflitos gerados pelo próprio Estado-Administração, para não falarmos na instabilidade econômica, não corresponde um número suficiente de juízes.

É da pena magistral de **Exupéry**, a mesma que disse ser doce, de noite, olhar o céu quando em uma estrela está a flor que amamos, a irônica observação do seu *Pequeno Príncipe*, segundo a qual as pessoas grandes adoram os números. Mas são eles que muitas vezes nos orientam nesta era da informática, ao buscarmos seguros elementos nas estatísticas.

Vejamos alguns desses dados.

Enquanto no Brasil, para uma população superior a cento e cinquenta milhões de habitantes, o número de juízes em atividade chega aproximadamente à casa dos oito mil e trezentos, com uma estimativa de vinte e cinco por cento de cargos vagos, não sendo raras as varas nas quais tramitam mais de dez mil feitos por juiz, na então Alemanha Ocidental, para uma população correspondente mais ou menos a um terço da nossa, e sob a disciplina, desde 1977, de um processo bem mais racional e sem os preconceitos jurídicos que cultuamos, herdados do formalismo latino, sem falarmos na infra-estrutura mais aparelhada, havia dezessete mil e quinhentos juízes, com uma média de trezentos e cinquenta feitos para cada um²⁵.

Outrossim, enquanto a Corte de Cassação Italiana tem grande número de juízes e a Corte Francesa cento e noventa – somente em Direito Privado e Direito Penal – o Superior Tribunal de Justiça conta com apenas trinta e três ministros, tendo respondido cada integrante da jurisdição civil por uma média, em 1991, de aproximadamente mil decisões somente como relator.

Os magistrados não são robôs, mas seres humanos, com virtudes e limitações. Se a máquina e o modelo estão superados, não é no julgador, em princípio, que se haverá de imputar a responsabilidade.

Além da deficiência legislativa e da insuficiência de juízes, há, entretanto, outras causas da lentidão, igualmente graves, dentre as quais:

a) o modelo reinol das nossas organizações judiciárias, sem técnica e

25. Dados publicados na Gazeta Mercantil (18 set. 1991) que confirmam e atualizam os divulgados há dez anos pelo Dr. Francisco de Paula Xavier Neto (Notas sobre a Justiça na Alemanha, 1982, Col. *Ajuris*, 18).

criatividade, fisiológicas, que visualizam os magistrados mais como detentores de cargos do que como prestadores de um serviço público nobilitante e complexo;

b) a ausência de um planejamento científico e constante²⁶;

c) a ausência de efetiva autonomia financeira, com a crônica falta de recursos materiais;

d) a má qualidade de ensino jurídico, a sufocar o humanismo e a contribuir para a deficiente formação dos futuros profissionais, lembrado aqui o exemplo do Japão, onde os graduados em Direito, para o exercício da judicatura, da advocacia, da defensoria ou do Ministério Público, têm que se submeter a um rigoroso curso de dois anos, no qual somente um percentual muito reduzido (aproximadamente dois por cento) é aprovado;

e) a inexistência de verdadeiras escolas de formação e aprimoramento de magistrados, não se podendo qualificar como tal as embrionárias tentativas existentes, por mais idealistas que sejam, se as confrontarmos com as excelentes escolas da França, da Alemanha, da Espanha, dos Estados Unidos e de Portugal.

Mais que criticar é preciso mudar esse quadro e o perfil do nosso Judiciário. Com um estatuto corajoso, com a democratização do Poder, com um planejamento eficiente e permanente, com a adoção de juizados especiais e varas distritais, com criatividade na organização judiciária e no recrutamento dos melhores valores, com remuneração condigna, com racional distribuição de feitos, com a urgente criação de escolas da magistratura, com a instituição de uma de âmbito nacional. Com as alterações que se fazem necessárias em nosso modelo processual e com a adoção de novas técnicas de solução de conflitos²⁷.

Antes de tudo, no entanto, impõe-se uma mudança de mentalidade. Sem vontade política também de nossa parte, continuaremos a cultivar os nossos males seculares.

Sente-se no ar, porém um sopro de renovação. Participando de uma

26. Do qual se passou a cogitar a partir da gestão do Min. Néri da Silveira na presidência do Supremo Tribunal Federal, estando previsto no esboço do Estatuto da Magistratura.

27. É indubitoso que novas técnicas podem contribuir para a celeridade na solução dos conflitos de interesse que se instalam na sociedade, tais como a arbitragem, o *ombudsman*, a Justiça de Paz, os juizados informais, as diversas experiências norte-americanas (dentre as quais o *mini-trial*, a *facilitacion*, a mediação, o *rent-a-judge*, a negociação).

São elas úteis e interessantes, merecendo atenção, estímulo e adoção desde que adaptadas à nossa realidade e à nossa cultura social. Mas a mais importante de todas, porque melhor ainda não foi imaginada pela inteligência humana, é a jurisdicional. Daí a imperiosa necessidade da melhoria do aparelho judiciário e das nossas leis procedimentais e de organização judiciária.

Justiça “mais enferma que culpada”, os magistrados brasileiros estão mudando²⁸. Não mais se limitando à função de julgar, e prestigiados pelo novo texto constitucional, buscam integrar-se na sociedade a que servem, compreender o fenômeno social na sua origem e contribuir para a melhoria do mecanismo judicial. Daí as esperanças que o povo, nos juízes, está a depositar, sem embargo das notórias deficiências do nosso aparelho judiciário.

Conclusão

Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe-nos, a todos nós, missão relevante, árdua mas grandiosa e bela.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária²⁹.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espo-

28. Disso é prova a mudança do discurso da magistratura nacional. Ao anunciarem a realização do “XII Congresso Brasileiro de Magistrados” entre as cordilheiras desse santuário da liberdade e da cidadania que é Minas Gerais, solar heróico de Tiradentes e relicário das mais belas tradições de independência e inconformismo da gente brasileira, os ilustres presidentes das Associações nacional e local proclamaram que ali, sob o lema “Justiça para o povo”, se debateria o Judiciário como Poder e como prestador de serviços, objetivando o seu aprimoramento. E o que se viu naquele conclave foi o debate de temas apenas institucionais, em substituição aos tradicionais temas corporativos.

Igualmente digna de realce vem sendo a atuação de expressiva parcela do Ministério Público, em cumprimento das suas novas atribuições constitucionais, esperando-se que em breve a OAB e os Institutos, como o dos Advogados e o que congrega os processualistas brasileiros, venham dar sua valiosa e imprescindível contribuição.

29. A respeito **José Rubens Costa**, Mandados de Segurança e de Injunção, Saraiva, 1990.

liado e desencantado, está a nele confiar e a reclamar sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

O Direito, como disse o grande **Benjamin Cardozo**, recordando **Roscoe Pound**, deve ser estável mas não pode permanecer imóvel; como o viajante, deve estar pronto para o amanhã³⁰.

Esta a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova “Justiça”, para responder aos desafios de um novo tempo. Para isso, além de esforços, talento e uma nova mentalidade, precisamos acreditar e ter esperança.

30. A Evolução do Direito, 1978 (Col. Ajuris).

A Crise no Poder Judiciário, Causas e Soluções

Francisco Peçanha Martins

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Advogado por mais de trinta anos, faz sete anos assumi a toga negra. Enquanto advogado, sempre defendi a tese da necessidade de exposição das mazelas do Judiciário de modo a obter dos Poderes Legislativo e Executivo os meios necessários à sua adequação aos reais interesses da coletividade. As campanhas encetadas pela OAB, tiveram êxito parcial, resultando na conquista maior da autonomia do Poder Judiciário. Autonomia constitucional não de todo concretizada, é verdade, mas de qualquer sorte constitucionalmente estabelecida. O certo, porém, é que sequer são respeitadas as propostas orçamentárias do STF, STJ e TST, não obstante corresponda a menos de 1% do orçamento o custeio de toda a Justiça Federal.

A justiça brasileira, sobretudo a comum, praticada pelos Estados Federados, é tardia. A morosidade, contudo, não é fenômeno recente. É velho e revelho. Basta recorrermos ao “Boca do Inferno”, o seiscentista **Gregório de Matos**, para termos idéia das origens das nossas atuais dificuldades, que efetivamente resultam do agasalhamento dos interesses da elite, dos “Donos do Poder”, definidos pelo *batonier*.

A par do interesse das classes dominantes, soma-se o que chama de “síndrome do julgamento do justo”, que acomete a toda a civilização ocidental, forjada pelas culturas judaica, grega e romana.

No Brasil, a conjugação do nobre ideal de justiça escoimado de riscos de condenação do inocente com a defesa dos interesses conservadores das classes dominantes, construíram processos civil e penal que conduzem ao retardamento da solução da lide.

A proliferação dos recursos, assecuratórios é certo, de decisões mais aprimoradas e justas, conduz, porém, inexoravelmente ao retardamento da solução do litígio. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o agravo de instrumento, cabível das decisões interlocutórias, vale dizer, daquelas que resolvem questões incidentais de natureza processual. E, de modo a evitar a reclamação dos leigos, vale exemplificar: a decisão que ordena ou nega a realização de prova pericial, ou a ouvida desta ou daquela testemunha. Não obstante a interposição do agravo de instrumento tenha efeito simplesmente devolutivo, ou seja, não

interrompe o andamento do processo principal, o recurso interposto contra ato do juiz singular dirige-se ao Tribunal. Julgado, obre-se ensejo ao recurso especial para o STJ e, por força do princípio da ampla defesa, ao recurso extraordinário para o STF. É fácil, então, imaginar o tempo que decorrerá para o julgamento desses recursos nos Tribunais Superiores entulhados de processos. Na melhor das hipóteses, decorrerão dois anos. Pois bem, aguardando o julgamento do agravo de instrumento, o juiz naturalmente suspende o andamento do processo. Retornando o agravo, mantida ou não a sua decisão, retorna o processo a seu curso e novas decisões interlocutórias serão exaradas, bastando aos advogados medianamente hábeis que assim provoquem. E novos agravos de instrumento poderão se suceder, eternizando o processo. Prolatada a sentença (decisão de mérito que dá solução à lide), caberá o recurso de apelação, com efeito devolutivo e suspensivo (art. 520/CPC). Se o julgamento da apelação pela Turma ou Comarca julgadora não for unânime, cabe o recurso de embargos infringentes (art. 530/CPC). Se não forem admitidos pelo Relator, caberá agravo para o órgão competente para o julgamento do recurso (geralmente as Câmaras Cíveis reunidas). Se não for provido o agravo, novos recursos especial e extraordinário poderão ser interpostos. Julgados a apelação ou os embargos infringentes, os acórdãos (decisões coletivas dos Tribunais) exarados poderão ser objeto de embargos de declaração, se contiverem obs- curidade, contradição ou omissão. E não são poucos os casos da interposição de embargos de declaração contra acórdãos proferidos em embargos de declaração.

Aos acórdãos exarados nos recursos especial e extraordinário, poderão ser opostos os recursos de embargos de declaração e de divergência, esses absolutamente necessários à uniformização da jurisprudência da legislação infra-constitucional, razão primacial e justificadora do recurso especial, espécie do gênero extraordinário.

Como se pode concluir face à grandeza dos números de recursos especiais e extraordinários que abarrotam os depósitos e gabinetes dos ministros do STJ e do STF, é longa e difícil a marcha do processo até a definição do direito aplicável ao caso concreto, ou seja, à solução da lide, que constitui a coisa julgada, pilar fundamental do denominado processo de conhecimento.

Finalizado o processo de conhecimento, inicia-se a fase processual de liquidação da sentença, ou seja, a definição exata do bem da vida obtido na “coisa julgada”, isto por que, no mais das vezes, a *sentença* (ou acórdão) não é líquida. A realidade inflacionária brasileira com a atualização da expressão monetária dos valores dos bens, transformou o que, no mais das vezes, se obtinha mediante simples cálculo em verdadeiro processo de liquidação, subordinado a todos os percalços recursais. Ainda hoje se discute, no STJ, em sede

de recurso especial, em torno do índice aplicável à correção da expressão monetária deste ou daquele valor.

Liquidada a sentença, se o devedor da obrigação não a cumpre voluntariamente impõe-se à parte vencedora executá-la. Tem início, então, o processo de execução, também submetido aos mesmos recursos. Como se há de concluir, o processo é interminável, ao menos para as pessoas de vida curta.

E quando se transporta tal realidade à Justiça do Trabalho mais se adensa a justa revolta e inconformidade do cidadão, que a Constituição de 1988 resgatou, assegurando-lhe direitos que quer reconhecidos e proclamados pelo Estado através do Judiciário. O devedor da obrigação indenizatória é a empresa, a mesma obrigada a captar recursos financeiros a juros indecentes no chamado “mercado financeiro”, guarda-chuva de fraudes e extorsões, enquanto o passivo trabalhista é atualizável monetariamente e acrescido de juros moratórios de 12% ao ano. Ora, se até nos anúncios de venda de eletrodomésticos se enfatiza a modicidade de juros de 6% ao mês, nada mais barato para a empresa que pagar uns poucos salários mínimos a um advogado e protelar, indefinidamente, o cumprimento das suas obrigações. E para que se tenha idéia das dificuldades atuais do TST, basta que se diga que aguardavam distribuição recursos chegados em 1995, antes de adotar-se a convocação de cem juízes dos Tribunais Regionais para, em mutirão auxiliarem os Ministros.

Fato significativo no que denomino de desespero da Justiça Trabalhista, é que se iniciou faz 50 anos como nos processos simples, tal qual um juizado de pequenas causas. O Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, e a plethora de reclamação, estão conduzindo o trabalhador brasileiro à desesperança, pela morosidade excessiva da resposta.

Na justiça federal, o quadro é também desalentador. Além das morosidades decorrentes do processo, concorrem causas outras de grande relevo para a agravamento das dificuldades de funcionamento: os chamados planos econômicos, a resistência desmesurada das pessoas jurídicas de direito público e o calote institucionalizado.

A boa organização da Justiça Federal viu-se violentada pelo excesso de ações propostas contra os fantásticos planos econômicos a partir do messiânico plano Funaro, verdadeira avalanche com o insensato e inconstitucional confisco dos depósitos monetários do povo brasileiro, determinado pela Ministra Zélia Mello, mentora ou executora do “Plano Collor”.

Na justiça comum, mantida pelos Estados federados, a situação é ainda pior, ressalvadas algumas poucas exceções. Na Bahia, por exemplo, cerca de 5.000 processos tramitam em cada uma das varas cíveis. Lembro-me que co-

mentei com um colega advogado, conselheiro, como eu da OAB/BA, após cumprimentar Juiz de Direito recentemente promovido para uma delas, que já chegava vencido diante do acervo monstruoso de processo num cartório despreparado, por carência de homens e máquinas. E realmente não podem os juizes assenhorearem-se da situação dos feitos submetidos ao seu julgamento senão compulsando cada um dos autos, que se amontoam, não raro, por anos, geralmente aguardando o julgamento de agravos de instrumento ou mesmo providências da própria parte, como acontece nos inventários paralisados pelo não pagamento do imposto de transmissão e custas.

Acresça-se a este estado de coisas a preguiça, a falta de preparo, o desleixo, o desestímulo diante da carência de recursos materiais, com que possa vencer ou minorar o quadro adverso da pleora de ações, e temos o “juiz tardinho”, descumpridor de seus deveres, já anatemizado por **Rui Barbosa** no notável discurso “Oração aos Moços”, e que, felizmente, não são muitos.

A grande maioria dos juizes brasileiros vive exclusivamente para o trabalho incessante e exaustivo de julgar. Nos Tribunais superiores, ao menos, dou testemunho, e costume dizer aos meus amigos advogados, a quem devo a minha condução ao honroso cargo e excelsa função, que era livre e tornei-me escravo. Não faço mais nada que estudar e julgar. A diversão é participar de seminários exaustivos, ouvindo e proferindo palestras e conferências durante as manhãs e tardes e confraternizando e trocando idéias à noite, no convívio geralmente agradável com colegas, juristas, técnicos e professores.

O Princípio da Moralidade na Administração Pública e a Liceidade do Limite Etário para Acesso aos Cargos Públicos

Demócrito Ramos Reinaldo

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Muitos são os que têm se debruçado no estudo da “moral”, no exercício da atividade administrativa, e as inúmeras “monografias” sobre o tema se postam em lugar de destaque no Direito Administrativo, em cujos limites didáticos se insere.

A dinâmica dos fatos sociais, a transmutação permanente das questões políticas e econômicas, embora caminhando **pari passu** com o desenvolvimento da tecnologia, das ciências e da cultura do direito, longe de minimizar o interesse dos estudiosos pela temática, têm-na erigido, nos últimos lustros, sobretudo, em verdadeiro dogma do moderno Estado de Direito.

A crise da sociedade hodierna, para usar expressão em voga na imprensa, está jungida à noção deturpada de progresso: “ser mais é ter mais” – não importam os meios para a aquisição. O individualismo exacerbado conduz a que os bens materiais – que levam à satisfação de todas as necessidades e prazeres do indivíduo – constituam o objetivo exclusivo do homem, sempre ávido na concentração de riquezas. A convivência social se torna insuportável: a violência do Estado, da empresa e do indivíduo, a miséria crescente, o desprezo pela vida humana em todos os estamentos sociais – do individual ao coletivo.

A corrupção – mazela maior dos nossos tempos – introjetada nos órgãos do poder público, fomenta, em cada um, a crença num Estado falido, e a impunidade consecutória traduz a certeza de impotência do Judiciário para solver as querelas entre os cidadãos.

Os atos de improbidade na Administração, na multiplicidade de seus órgãos, os escândalos redimensionados pela publicidade repetida e permanente e a inação do governo no refreamento da violência diuturna resultam numa situação de insegurança generalizada e a inquietação social, a ponto de criar um estado pré-revolucionário.

Em tempos como os de agora, torna-se cada vez mais evidente o interesse pelo estudo do fenômeno “moral”, em virtude de sua íntima ligação com a ética do Estado e da Administração Pública e de suas implicações psicossociais

e jurídicas. A moralidade é, hoje, inseparável do jurídico e, conseqüentemente do “justo”. Explicável, pois, nos dias de hoje, não só a relevância, como a atualidade da tese sobre a moralidade, em qualquer área do serviço público, compreendendo-se esta na exata medida em que o ato administrativo corresponda adequada e estritamente ao fim que lhe é inerente e ao interesse público – que é, em essência, a consecução do bem coletivo.

A legalidade – e nisso estão consones os juristas – a começar dos albores da doutrina francesa do “abuso de poder”, de **Hauriou**, não basta para justificar, em abrangência, a totalidade das ações do poder administrativo. Na esteira da moderna conceituação, não se pode afirmar, numa posição sobremaneira, ser a administração uma cumpridora da lei. A parêmia prevalecente durante algumas décadas, de que “administrar é aplicar a lei de ofício”, da lavra de **Seabra Fagundes**, ou definições como a de autoria de **Cirne Lima**, de que a “atividade administrativa jaz debaixo da lei que assinala uma atividade a cumprir”, ou que, a “relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas quando a atividade a que ela se propõe encontra-se defendida, não apenas contra terceiros, mas, também, contra o próprio administrador”, perderam, pelo menos no Brasil de hoje, a valia de concepção doutrinária de aceitação indiscutível. A atividade administrativa não é somente “infralegal, sublegal”.

Afiançavam os juristas, que a “legalidade” é a forma sacramental de proteger a igualdade, porque a lei, sendo geral, impessoal e abstrata impedia os desvios de conduta, estimulando o administrador a pautar os seus atos no visio de alcançar a todos e favorecer à coletividade. O abuso de poder “caracterizar-se-ia por toda violação da ‘legalidade’, extrínseca ou intrínseca, na prática dos atos administrativos pela qual se romperia o equilíbrio ditado pela ordem jurídica. Nesse sentido, constituiriam abuso de poder os vícios de legalidade externa, tais como a incompetência (onde se pode incluir a usurpação de poder), o vício de forma e da ilicitude do objeto. Os vícios da legalidade interna do ato administrativo, como a inexistência material ou jurídica dos seus motivos e a imoralidade desses motivos caracterizariam o desvio de poder” (Revista de Direito, p. 261). Resultariam, com base nesse enfoque, dois tipos de abuso de poder: o excesso e o desvio. No primeiro, estão incursos os casos de violação da “legalidade” administrativa, quer externa, quer interna, com exceção do “desvio” de poder, que se reserva a uma forma de ilegalidade “intrínseca” demarcada pela ilicitude moral dos motivos que conduzem o administrador público ao cometimento do ato.

De conseqüência, nas hipóteses em que a competência é vinculada, o motivo do ato administrativo estará regrado e definido na lei e estabelecida a diretriz

a ser seguida, sem margem ao desvio de poder, pela via dos deslizes de ordem moral. Todavia, quando se tratar de atividade “discricionária”, em que se possibilita ao administrador valorar no pertinente ao motivo e ao conteúdo do ato – sobressai à necessidade da presença do elemento “moral”. O ato discricionário seria sempre inatacável do ponto de vista da “legalidade”, mas, a sua anulação será mera consequência da relevância da “moralidade” administrativa.

Prevalente essa concepção placitada pela doutrina com, apenas, diferenciações irrelevantes na teorização dos tratadistas, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, que “juridicizou a moralidade” administrativa, convertendo-a, ainda, em “princípio” de direito (constitucional) positivo (art. 37), sob cuja égide se passou a nortear toda a atividade administrativa. O princípio da “moralidade” é, assim explicitado, pela primeira vez, em textos constitucionais, cominando-se, os atos de improbidade administrativa, com a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º).

As Constituições modernas, advertem os juristas, ao acolherem as normas – “princípios”, ou simplesmente “princípios”, ao lado das normas regras tradicionais, ou simplesmente regras, como prefere **Canotilho**, ou normas, *tout court*, como em maioria se tem preferido, ou, ainda, preceitos, dão a flexibilidade necessária para atender à diversidade dos graus de abstração, de generalidade, de endereçamento e de exequibilidade demandada pelo ordenamento constitucional¹. Quanto à exequibilidade, porque, os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que o sejam em suas funções inibidora e desconstitutiva de atos que os infrinjam, sejam estes normativos ou concretos, diferentemente dos preceitos, que podem ter toda a sua exequibilidade diferida². E, no conteúdo dos princípios se identificam, dentre outras, duas funções essenciais: a função “sistêmica” que permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional, com uma identidade irradiante e que se dirige a todos, indistintamente, legisladores, administradores e juizes, pois é por ela que se expressa a opção moral do legislador constituinte; a função “inibidora”, com eficácia impeditiva de prática de qualquer ato que contrarie o princípio adotado. Dirige-se, igualmente, a todos, sem exceção³.

A Constituição Federal, como se afirmou, alhures, elevou de forma explícita, a “moralidade” administrativa ao primado de princípio, cognado ao da

1. **Carlos Roberto de Siqueira Caio**, Rev. de Direito, p. 261.

2. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Constituição e Revisão, p. 129.

3. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Moralidade Administrativa: Do Conceito à Efetivação, pp. 20 e 21.

“legalidade”, erigindo-a em interesse social relevante e juridicamente protegida, ao mesmo tempo em que legitimou o cidadão brasileiro a postular a declaração de nulidade de qualquer ato administrativo violador do princípio ético tutelado. O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a “moralidade”, definindo-a como “princípio”, para viger, paralelamente, com o da “legalidade”. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero “reenvio” da norma legal à norma moral, mas, atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio, há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade, da ordem jurídica positiva, que caracteriza a moralidade – ambas compoem a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é “legal é moral”⁴. Decorre, daí, que não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, devendo a sua atividade ser balizada e informada pelo princípio ético, porquanto a declaração de nulidade constitui sanção constitucional à moralidade administrativa (art. 5º, XIX). Cabe, pois, ao administrador, ao firmar o ato, atender a ambos os princípios. Não importa, ainda, que o ato administrativo seja “vinculado” (ou regrado), e que tenha preenchido todas as solenidades exigidas na lei. A moralidade alcança os atos da administração de qualquer natureza, sejam “regrados ou discricionários”. O ato pode ser legal e, ao mesmo tempo, imoral, incidindo na eiva de inconstitucionalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre a moral administrativa e, diante da inserção da moral no direito positivo, já que, para absorver o desvio de poder “o direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral”, (a autora paulista) faz a indagação teórica: “será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa? Respondendo pela negativa, mostra a autonomia da regra moral no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de ser aplicada mesmo quando inexista qualquer sombra de ilegalidade e prossegue, com abertura ainda maior: mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas, também, pelo particular que se relaciona com a administração pública. E arremata: embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a

4. **Diogo Figueiredo Moreira Neto**, ob. citada, p. 21.

imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”⁵.

O uso pensar que, com o advento da nova ordem constitucional, as teorias sobre o “abuso de poder” perderam, em substância. O que importa, agora, é que a ação do Administrador se componha nos limites da “lei” e da “moral”, em cumulação. Não importa indagar, ainda, se o ato é “vinculado ou discricionário”, ou, se, em relação ao último, existiu ou não, desvio de finalidade (ou outros quaisquer vícios). Havendo afronta à moralidade, o ato se inquina de “nulo”, **ipso facto**, por contrariar princípio constitucional. Não há, aí, de perquirir se houve dano à Administração (ou maltrato ao interesse público) porque este é presumido **juris et de jure**. A nulidade independe de verificação do resultado, porque o ato “imoral” é ato “inconstitucional”, nulo, ineficaz.

O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção, ampla (art. 37), tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando-se ocioso falar-se em moral administrativa. Sob esse critério, têm eficácia desconstitutiva sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos praticados com violação da moralidade administrativa, os preceitos do art. 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII e o princípio do art. 37. Serão nulos de pleno direito, ainda que legais, abrangendo a desconstituição, todos os efeitos deles esperado⁶.

José Afonso da Silva, ao sustentar que a imoralidade administrativa constitui, em si, fundamento da nulidade do ato, esclarece. “Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da administração”⁷.

Conclusão

O reconhecimento do fato moral (atos administrativos), na inteligência do princípio constitucional (art. 37), não se faz, somente, sob a ótica da inten-

5. **Maria Sylvia Zanella de Pietro**, Direito Administrativo, pp. 66 a 68.

6. **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** – Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação.

7. **José Afonso da Silva** – Curso de Direito Constitucional, p. 563.

ção do administrador, ou mediante a investigação se tenha obrado de boa ou de má-fé. Não são válidos, no processo de avaliação, o resultado, as conseqüências do ato (o dano à administração). A moralidade, portanto, é a condizente à moral comum, a do homem médio, a que está em consonância com a cultura, costumes e hábitos sociais. Ato morais são os acatados pela sociedade, porque se fundam em regras comuns e iguais a todos, são de interesse geral e se afinam com o respeito à ordem natural das coisas. A sociedade repudia, sempre, os provimentos administrativos personalizados, individualizados, que se sabe, **prima facie**, protecionistas de pessoas ou grupos e não isonômicos. A motivação do ato, o desvio de finalidade e o dano do interesse público constituem, todavia, elementos informadores e adjutórios na aferição da moralidade administrativa.

A liceidade do limite etário para acesso aos cargos públicos

Questão tormentosa, ainda, dentre os doutrinadores e objeto de dissenso na jurisprudência, é da “liceidade do limite etário” para acesso aos cargos públicos. Essa matéria foi disciplinada na Constituição Federal com sensíveis diferenças em relação à legislação anterior razão por que não se chegou, entre os administrativistas, a uma interpretação una e definitiva. O cerne da **quaestio** e sua razão de ser não decorre de um elemento arbitrário, mas o que se visa, efetivamente, e este propósito inspirou o legislador constituinte, é minorar os efeitos de envelhecimento nos quadros do funcionalismo público que, inegavelmente, são danosos e prejudiciais, na consecução dos seus fins essenciais ou à prestação do **munus**, para o bem coletivo.

A Constituição Federal, no § 2º do art. 39, fazendo remissão ao inciso XXX do art. 7º, aparentemente proíbe as instituições públicas de usar o critério da “admissão” de pessoal, “por motivo de idade”. Essas disposições, entretanto, não podem ser interpretadas isoladamente, mas em sintonia com outras regras consignadas na Carta Política. A par dos preceitos mencionados, o art. 37, inciso I, “condiciona o acesso aos cargos públicos ao preenchimento dos ‘requisitos’ estabelecidos em lei”. Do sentido emanado da interpretação desses dispositivos, em conjugação, estão, no dizer de **Hely Lopes Meirelles**, “as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional como condição de eficiência e aperfeiçoamento do serviço público”.

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, inseriu, em seu contexto, dispositivo (art. 97) com redação igual à do art. 37, I, da vigente Carta, estabelecendo, “como condição de acessibilidade aos cargos públicos, o preenchimento dos requisitos previstos em lei”. Durante a vigência daquela

Constituição, os Tribunais do País, de forma uníssoma, firmaram o entendimento de que consoava com a norma da Lei Máxima “a limitação de idade para ingresso no serviço público”.

Adilson Abreu Dallari, ao examinar essa questão à luz da Constituição vigente, enfatizou: “É possível a limitação, para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o *discrimen* estabelecido” (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, p. 32).

Na mesma linha de raciocínio, **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** entende que cabe à lei “estabelecer os limites máximos e mínimos, considerando as características profissionais das funções a serem desempenhadas, criando, entretanto, faixa de idade em vez de uma idade precisa deixando a critério do regulamento a especificação dos limites, nos casos concretos (Curso de Direito Administrativo, p. 233).

Defendendo o mesmo ponto de vista, em face do princípio da isonomia consignado na Lei Magna, justificou **Hely Lopes Meirelles**: “a lei veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é, porque os requisitos a que se refere o texto constitucional (art. 37) hão de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública. Daí por que a jurisprudência tem admitido como válidas exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação ao cargo” (Direito Administrativo Brasileiro, p. 373).

De resto, a diferenciação em razão da idade limita, apenas, a admissão a certas categorias do serviço público, em razão da natureza, condições e especificidades das funções. Certos cargos que, segundo a nomenclatura moderna, compõem as carreiras típicas de Estado exigem dos seus ocupantes uma acumulação progressiva de experiência e a dilação do aprendizado prático de tal maneira que o maior de cinquenta (50), anos comprometeria a sua sistemática e organização funcional. Dentre elas se incluem as da magistratura, do Ministério Público e do Militar.

A função judicante, como tenho afirmado freqüentemente, difere das demais pela sua relevância. Por ela se atribui ao cidadão autoridade para julgar os seus pares, defender-lhes o patrimônio e a liberdade, propiciar-lhes a ordem e a tranqüilidade, sem o que seria impossível a vida em sociedade. Daí exigir-se do juiz, não somente o saber jurídico e o equilíbrio indispensáveis,

mas, sobretudo, a aptidão, ou, em suma, que seja um vocacionado para o exercício da função judicante.

Um homem com idade acima de cinquenta ou sessenta anos dificilmente será um vocacionado para exercer a judicatura. A vocação geralmente surge na juventude e, as mais das vezes, os estudantes manifestam a sua pretensão antes mesmo da conclusão dos seus cursos universitários. Na idade maturada, os que pretendem ingressar na Magistratura geralmente são egressos de outras profissões, nas quais não se sentiram realizados e delas saem com o sentimento da frustração. Se ingressam na Magistratura (após os 50 ou 60 anos) dificilmente conseguirão ser bons julgadores, porquanto é justamente após os 45 ou 50 anos, quando se ingressa ainda jovem na judicatura, que se tem adquirido a experiência, o equilíbrio, a vivência de julgador e a prática conquistada no exercício diuturno da função de julgar.

A norma do artigo 7º, XXX, da Lei Maior deve ser interpretada em sistema com outros dispositivos, como, por exemplo, o dos artigos 37, I, e 92 e seguintes, sobretudo, com estes últimos, que inserem disciplina peculiar aos integrantes do Poder Judiciário.

O limite de idade para o ingresso na carreira da magistratura é fixado tendo em vista o interesse público e com o visio de evitar-se a presença de candidatos às vésperas da inatividade e obedece ao critério de conveniência para o exercício da função judicante. “É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher” (Ministro Sepúlveda Perence – RMS nº 21.046-0).

A proibição do limite de idade não se estende aos juizes, que são “membros de Poder” e ela vem inserida na Seção II, do Capítulo VII – artigo 39, § 2º – da Constituição, que cuida, especificamente – Dos Servidores Públicos Civis. O ingresso na carreira da magistratura é disciplinada em Capítulo próprio da Constituição (Capítulo III) – Do Poder Judiciário. O artigo 93 estabelece que “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios”. Esses princípios vêm consignados nos incisos I a XI, que traçam todos os requisitos a serem observados, no provimento dos cargos de juiz. Se a Constituição pretendesse incluir, dentre esses princípios, aquele pertinente ao “limite de idade” (para o ingresso na carreira), o teria feito, de forma expressa, mediante remissão (ao artigo 7º, inciso XXX) como o fez no artigo 39, § 2º, em relação aos servidores públicos civis. Disciplinado, em Capítulo específico, o ingresso na carreira da magistratura nacional, pelo princípio hermenêutico da **sedes materiae**, ao Judiciário não se aplica o disposto no artigo 39, § 2º, da Consti-

tuição, que é regra de incidência estrita aos “servidores públicos civis”.

Quando a Constituição, ao tratar do Poder Judiciário, pretendeu estabelecer limite de idade, ela o fez, “explicitamente”, como, por exemplo, no Provisamento dos Cargos de Ministros do STF e dos Tribunais Superiores (artigos 101, 104, parágrafo único). Na formulação da carreira da magistratura, os Estados só terão de observar os princípios enumerados no artigo 93 e seus incisos. Entender-se de outro modo levaria ao absurdo de possibilitar o ingresso de um candidato, como juiz, com 69 anos de idade e, com apenas alguns meses de judicatura, “aposentar-se” compulsoriamente, com vencimentos integrais (artigo 93, inciso VI).

Execução Contra a Fazenda Pública

Humberto Gomes de Barros

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Aproximação de conceitos

Rogo licença, para demarcar alguns conceitos, elementares, mas necessários ao desenvolvimento da exposição.

O primeiro deles é o de função jurisdicional – um dos três encargos que integram a atividade política do Estado, ao lado das funções legislativa e administrativa.

A função jurisdicional caracteriza-se por traduzir uma atividade de substituição. Em seu exercício, o Estado substitui a vontade de uma ou diversas pessoas, para colocar termo em determinado conflito de pretensões.¹

É comum duas pessoas excluírem-se mutuamente, na afirmação de direito sobre um mesmo bem da vida.

Forma-se, então, o litígio: uma das partes manifesta sua pretensão enquanto a outra opõe resistência.

A solução ideal para tais lides é a que se obtém mediante renúncia, transigência ou qualquer outro modo de solução amigável.

Impossibilitada a composição espontânea, faculta-se a qualquer dos litigantes o direito de ação – direito potestativo de provocar o Estado, para que – após ouvir as partes – diga a quem pertence o objeto da lide.²

O exercício da ação faz emergir o dever de o Estado prestar jurisdição.

A prestação jurisdicional não se limita à resposta. Ela, efetivamente, colo-

-
1. **Chiovenda**, em ponto de vista dominante no Brasil, enxerga na substituição, o caráter diferencial que extrema a jurisdição das demais funções do Estado. (**V.E.T. Liebman** – Manual de Direito Processual Civil – Trad. C.R. Dinamarco – Forense – 1884 – p. 6). – **Eduardo Couture**, entretanto, observa que, em várias hipóteses (na sentença penal, **v.g.**), a jurisdição funciona sem substituir vontade alguma (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil* – Depalma – Buenos Aires – 3ª ed. – p. 39). **Carnelluti**, de sua parte, coloca em evidência o escopo da jurisdição: a justa composição da lide (conflito de interesses). (*Instituciones del Proceso Civil* – Tradução espanhola – EJEJA – Buenos Aires – Vol. I – p. 43).
 2. **J. Frederico Marques** – Instituições de Direito Processual Civil – Forense – 2ª ed. – Vol. II – p. 12.

ca fim ao litígio: o Estado substitui a vontade de um dos contendores, proclamando a vitória do outro.

No exercício da jurisdição, o Estado pode emitir três ordens de manifestação:

- a) declarar a existência ou inexistência do direito;
- b) constituir nova relação entre as partes, ou desconstituir antigo vínculo;
- c) condenar uma das partes a determinada ação ou omissão.

Entregue a prestação, a parte vencida deveria submeter-se à vontade do Estado, emitida em substituição da sua.

Nem sempre ocorre submissão espontânea. É comum – sobretudo no Brasil – a lide permanecer, com a teimosia do derrotado.

Nos últimos tempos, o mais teimoso dos litigantes derrotados é o Estado, em seus diversos níveis.

Em tais hipóteses, a parte vitoriosa em ações declaratórias e constitutivas vê-se obrigada a propor ação condenatória.

Quase tanto quanto a declaração, a condenação não basta: o devedor renitente faz *tabula rasa* da condenação.

O vitorioso em ação condenatória, para superar a inércia do sucumbente, vale-se da ação executiva.

Em sua etimologia, o termo executar – como lembra **Paulo Furtado** – significa “ir até o fim”.³

O beneficiário da sentença condenatória (ou de outro título que a lei equipare à sentença), pode demandar execução. Vale dizer: cobrar providência que leve a condenação às últimas conseqüências, dando-lhe eficácia pragmática.

A prestação jurisdicional executiva abrange diversas espécies de condenação. Aqui, somente nos interessa aquela, cujo escopo é a obrigação de pagar quantia certa. **Liebman** a denomina execução “por expropriação”⁴.

Este tipo de execução efetiva-se mediante a expropriação de bens pertencentes ao devedor. Tais bens podem ser (CPC – arts. 646 e segs.):

- a) alienados a terceiros, para que o preço respectivo seja utilizado no pagamento ao credor;
- b) adjudicados, e transferidos ao patrimônio do devedor;
- c) entregues em usufruto.

A desapropriação inicia-se com a penhora – ato que se traduz na constituição de ônus real sobre determinado bem.⁵

O bem penhorado tende a ser alienado ou entregue em usufruto.

3. Execução – Saraiva – 1991 – p. 3.

4. **Op. cit.**, p. 214.

5. **J. Frederico Marques** – Manual – Forense – 1976 – IV vol. – pp. 147 e segs.

A penhora constitui ato essencial ao processo de execução.

Paulo Furtado registra, com segurança: “não há execução sem penhora”⁶.

Execução contra o Estado

Quando se pretende executar condenação imposta ao Estado, apresenta-se uma dificuldade: a impenhorabilidade é um dos atributos do patrimônio estatal.

Ora, se não há execução sem penhora, como falar em execução contra pessoa cujo patrimônio está imune à constrição judicial?

Em verdade, a sentença que condena o Estado ao pagamento de quantia certa é inexecutável.

Se assim ocorre, estamos diante de impossibilidade: o Direito Brasileiro não admite execução contra o Estado.

No entanto, o Código de Processo Civil, ao cuidar do processo de execução, reserva um capítulo ao que denomina “Execução contra a Fazenda Pública” (arts. 730 e seguintes).

O art. 730 sofre de duas imperfeições:

- a) trata como processo o procedimento destinado à satisfação do credor, pelo Estado devedor;
- b) denomina execução, algo que, em verdade, conduz ao pagamento espontâneo.

Com efeito, o art. 646 define como execução, o processo destinado à expropriação de bens, para satisfação do credor.

Ora, se o devedor não é expropriado, como falar em execução?

Por outro lado, o termo “processo” reserva-se à sucessão de atos em que o Estado exerce a função jurisdicional. Através dele, o Poder Judiciário substitui a vontade de uma das partes.⁷

Na “Execução contra a Fazenda Pública” não existe substituição de vontade – salvo quando ocorre o incidente dos embargos previstos no art. 730. Tudo se resume em orientar-se a cronologia de gastos, envolvendo verbas afetadas pelo devedor, ao pagamento de créditos judiciais.

Não se instaura um processo jurisdicional. Forma-se mero procedimento administrativo, destinado ao pagamento dos credores por sentença judicial.

6. *Op. cit.* – p. 203.

7. Teoria Geral do Processo – Ada Grinover, A. C. Araújo Cintra e C. R. Dinamarco – Ed. RT – 4ª ed. – p. 247.

No Brasil, este procedimento ganhou dignidade constitucional. O artigo 100 da Constituição Federal diz:

“À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que serão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de preferência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

O sistema de vinculação dos pagamentos à ordem de apresentação dos precatórios constitui grande conquista democrática, em favor da moralidade pública e da igualdade entre os credores do Estado.

No entanto, a forma pela qual foi consagrado no Brasil, tem desviado o sistema de sua verdadeira finalidade.

É que os pagamentos ocorrem na exata medida das verbas previstas no orçamento.

Em não havendo verba, não ocorrerá pagamento.

Se não há pagamento, menor será a despesa da Administração, no exercício.

Como pagar dívida não dá placa, nem rende votos, os governantes, reduzem ao mínimo a previsão orçamentária, deixando os credores à míngua.

Com semelhante expediente, o administrador transfere a quem o sucede no governo, o encargo de pagar a dívida passiva judicial.

A inflação que assolou nossa economia, transformou a protelação dos pagamentos no mais perverso dos impostos – um doloroso tributo, cujo fato gerador é a constituição do crédito judicial.

É que os precatórios, cujos valores são expressos em moeda, aguardavam,

por longo tempo, o respectivo pagamento. Durante a espera, a inflação corroía a expressão econômica do dinheiro. Assim, quando ocorria pagamento, a quantia já não correspondia ao valor do crédito.

No julgamento do REsp nº 6.091, quando a Primeira Turma do STJ apreciou o tema, procurei descrever esta deformação. Disse, naquela assentada:

“Cuida-se de atualizar conta de liquidação, em que o **quantum** da condenação, embora expresso em ORTNs, fora pago em cruzeiros, após um ano de elaboração do cálculo.

O acórdão recorrido assentou que no caso de demora no pagamento de indenização decorrente de desapropriação indireta,

‘Cumpra observar que, a jurisprudência da Corte, seguindo orientação dominante no STF, firmou entendimento no sentido de que o valor a ser expresso nos precatórios, para efeito de pagamento de indenização, não pode ser expresso em valores variáveis como OTNs’. (REsp nº 316 – Relator Ministro Pedro Acioli).

Ouso dissentir da tese consagrada. Entendo que o credor fincado em justo título, mesmo contra a Fazenda Pública, não pode sofrer diminuição em seu direito de crédito, por efeito da inflação.

Observo, de início, que a OTN – assim como os referenciais semelhantes utilizados entre nós – não traduzem “valores variáveis”. Pelo contrário, exprimem valores fixos, a salvo da flutuação de nossa moeda.

O cruzeiro – este, sim – vitimado pela inflação, tem representado valores variáveis: se hoje representam 10, amanhã traduzirão 8.

O fundamento em que se monta a corrente majoritária reside neste argumento: se o orçamento é feito em cruzeiros, a verba para satisfazer aos precatórios deverá exprimir-se nestas unidades monetárias.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 118.155-9, acentuou a iniquidade da jurisprudência assentada. De seu lúcido pronunciamento destaco a seguinte passagem:

‘Tudo isso é de impecável lógica formal, cuja tessitura, porém, **data venia**, não logra velar a sua inadequação à realidade da elaboração, sobretudo da execução orçamentária, no quadro de uma economia altamente inflacionária e cujo precário equilíbrio se vem fundando, mal ou bem, mas inexoravelmente, no mecanismo da indexação universalizada dos valores monetários.

Mostrou-o, de modo lapidar, o notável voto-vencido do Ministro Sydney Sanches, no já citado RE nº 103.684, de certo lembrado pela Turma e ao qual peço vênia para manifestar minha adesão.

Lembrou S. Exa. como é 'o sistema orçamentário brasileiro, seja do ponto de vista do direito constitucional, seja da legislação ordinária, sob o aspecto econômico ou financeiro, não repele a idéia de fixação de despesa, com verbas, meramente estimadas'.

Por isso, demonstrou, 'há, sem dúvida, no sistema orçamentário brasileiro, inclusão de inúmeras verbas de despesas, que são meramente estimadas, como por exemplo, as que se destinam à conservação do patrimônio público, à aquisição de material de consumo, às previstas para futuros aumentos de vencimentos do funcionalismo, pessoal civil e militar, às destinadas a cobrir, no ano seguinte, o resgate das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, às destinadas à restituição do Imposto de Renda pago a mais (valores igualmente restituíveis segundo os índices das ORTNs), as destinadas à cobertura de reajustes de preços de contratos de locação, de empreitada e tantos outros; às destinadas a pagamento de débitos em moeda estrangeira, inclusive perante credores internacionais'.

'Todas essas verbas' – concluiu (*id. ib.*) –, estimadas segundo cálculos de probabilidade, uma vez encontradas, não deixam de ser fixas e assim se expressam no orçamento.

E se, por erro de estimativa, forem fixadas insuficientemente, serão supridas as deficiências, segundo o sistema constitucional e legal, por créditos suplementares (art. 60, inciso I, da CF, Lei nº 4.320, de 17.03.1964, arts. 7º, § 1º, 12 e seus parágrafos).'

Assim, o princípio da **restitutio in integrum**, que impõe deva o credor ser compensado pela desvalorização da moeda, no caso de crédito contra a Fazenda Pública, não encontra na legislação orçamentária, óbices intransponíveis. É que existem mecanismos de fixação de receitas estimadas, bem como de abertura de créditos suplementares para a satisfação de diferenças de saldo.

A expedição de ofícios requisitórios em valores indexados importa em benefícios de ordem prática tanto ao credor, que se vê, em prazo menos extenso, satisfeito em seu direito de crédito, quanto à atividade jurisdicional. Evita-se a multiplicação de precatórios suplementares. Elimina-se a necessidade de novas requisições, para a cobrança de acessórios, consistentes em juros, e saldos por correção monetária e honorários.

Não se pode esquecer a circunstância de que a superposição de

precatórios acarreta substancial aumento de esforço na atividade administrativa dos tribunais, em detrimento da função jurisdicional.

Em tempo de inflação crônica, a expedição de precatórios em quantia fixa impossibilita o pagamento integral da dívida passiva do Estado.

Com efeito, logo que o precatório é expedido, ele cobre todo o valor da dívida. No entanto, quando se dá o pagamento, somente uma parte daquele valor é satisfeita.

Emite-se, então, novo precatório, cobrindo todo o saldo. No momento de seu pagamento, a inflação já desgastou a moeda, fazendo com que somente parte da dívida seja honrada.

Matematicamente, esta seqüência de precatórios se repetirá ao infinito: enquanto existir inflação, jamais haverá pagamento integral.

Semelhante anomalia, ao tempo em que constitui ilicitude, guarda absoluta irracionalidade.

O argumento de que o orçamento é construído sob o padrão monetário 'cruzeiro' é falacioso.

Para demonstrá-lo, basta a lembrança de que a União, quando devolve imposto de renda recolhido a maior, efetua a correção monetária do valor recolhido.

Em linha de coerência, o raciocínio também serviria para arrimar tese no sentido contrário à correção monetária da dívida ativa do Estado.

Com efeito, se o orçamento estatal observa o padrão monetário, os salários e outras entradas que formam os orçamentos das pessoas de direito privado também o obedecem.

Ao que se vê, a atualização automática do débito redundaria em conferir maior eficácia às decisões judiciais, sob duplo aspecto, a saber: celeridade e ressarcimento completo do credor.

Lembre-se, finalmente, que o sistema de precatórios em quantias fixas desobedece ao art. 1º da Lei nº 6.899/81.

Malgrado os doutos argumentos que buscam conciliar o pagamento por meio de precatório com o sistema orçamentário, acredito que a questão está a exigir interpretação teleológica e construtiva, em ordem a adequar o Direito à estrutura sócio-econômica.”

A Primeira Turma acompanhou-me nesta orientação.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, assentou-se no entendimento de que a Constituição veda correções de precatórios, fora daquela data fixada no § 1º do artigo 100.

O próprio Ministro Sepúlveda Pertence, no voto a que me referi, rendeu-se ao domínio da jurisprudência.

Nesta circunstância, para a Fazenda Pública, o desconhecimento dos direitos e a resistência aos dispositivos judiciais tornaram-se grande e rendoso negócio.

O Estado, para não pagar, remetia seus credores ao Judiciário, que se transformou em eficiente instrumento de rolagem da dívida.

Isto fez com que os tribunais, sufocados por enorme volume de processos, atrasassem seus julgamentos e se inviabilizassem.

Estou certo de que o congelamento dos precatórios constituiu-se em um grande fator – se não o maior deles – da crise que o Judiciário brasileiro atravessa.

Nem se pode censurar o administrador que atrasava pagamentos de precatórios. Aparentemente, ele defendia o erário.

Com efeito, a postergação de pagamentos não acarreta qualquer sanção para o Estado moroso. As dívidas honradas com atraso sofrem, apenas, correção monetária e o acréscimo de juros legais.

Nem mesmo havia a possibilidade de intervenção (CF, arts. 34 e segs.): apesar de pagos em moeda sem valor, os precatórios eram formal e nominalmente cumpridos.

Por outro lado, a prática tem revelado que a intervenção serve mais para gerar vítimas políticas e catalisar votos, do que para remediar anomalias. Dela não resulta qualquer benefício para o credor.

Se abstrairmos o aspecto moral e a desorganização que a inadimplência do Estado produziu na economia, seremos levados a considerar perdulários os administradores que pagavam em dia e reconhecem, espontaneamente, direitos.

Hoje, com o estancamento da inflação, os atuais governantes, impossibilitados de transferir o acervo de precatórios, desesperam-se, na luta para evitar a falência de estados e municípios.

É necessário que a Constituição seja reformada. Faz-se necessário que se comine alguma sanção para a demora nos pagamentos dos precatórios.

Não é concebível que o Estado, por descuido ou indústria, se locuplete gratuitamente à custa da população.

Mais grave ainda é a transformação do Poder Judiciário em instrumento do enriquecimento ilícito – mesmo que o beneficiário seja o Estado.

Imagino, como forma de obviar abusos, a incidência, de juros reais e correspondentes ao mercado, sobre o valor da condenação judicial.

A incidência de tais juros, por certo, estimularia o reconhecimento espontâneo de direitos e a composição amigável dos litígios.

Seria preciosa ajuda, para nos resgatar do atraso cultural que nos transformou em nação de caloteiros e demandistas.

Acredito que esta solução dispensaria alteração do texto constitucional.

Prestações alimentícias

O art. 100 da Constituição Federal traz uma inovação: reserva tratamento especial ao pagamento relacionado com prestações alimentícias.

A redação do dispositivo parece excluir os créditos de natureza alimentícia do sistema de precatórios, livrando-os da submissão à ordem cronológica.

Esta inovação gerou a primeira e mais acirrada discussão em torno do tema.

Parcela considerável e respeitável da doutrina e da jurisprudência enxergou novo texto, uma ordem para que os créditos de natureza alimentar sejam honrados imediatamente, “na boca do caixa”.

Não foram poucos os casos de servidores públicos levados à prisão por deixarem de cumprir, imediatamente, ordens judiciais que determinavam o imediato pagamento de remunerações, salários, proventos ou conexos.

Houve, em tais hipóteses, prisões por dívidas...

Dívidas alheias!

Algumas correntes chegaram a entender que, estando fora do sistema de precatório, as condenações alimentícias seguiriam o procedimento reservado às execuções comuns.

A teor de tal doutrina, frente às de condenações por dívidas alimentares, os bens públicos perderiam o atributo da impenhorabilidade e poderiam ser alienados para satisfação do credor.

Hoje, o tema está pacificado: o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 47, entendeu que o art. 100 não dispensa precatórios.

O dispositivo constitucional limita-se em livrar os créditos alimentares da rigorosa ordem de precedência reservada às dívidas de outra natureza.

No julgamento do REsp nº 55.115, a Sexta Turma do STJ aprofundou-se no exame da questão.

No voto com que liderou a Turma, naquela assentada, o Ministro Vicente Cernicchiaro registrou:

“Cumpre, no entanto, elaborar uma distinção (interpretação sistemática). Caso contrário, a pluralidade do art. 100 continuaria a ser unidade.

Impõe-se distinguir; haverá duas espécies de precatórios. Um comum

(diga-se assim), compreendendo todos os débitos. Outro (especial) próprio, exclusivo da dívida de caráter alimentar. Em outras palavras: há duas séries. Uma, evidentemente, não interceptará na outra. Com isso, preservam-se a letra e a teleologia da Constituição.

Inadequado, porém, em lugar de expedir o precatório (prestação alimentícia) ser expedida guia para pagamento na boca do cofre, sem o devido pré-aviso.

Esse procedimento, além de contrastar com o sentido da norma, poderá dar margem a um inconveniente que a Constituição buscou evitar – rigorosa obediência à ordem cronológica de apresentação dos créditos (precatórios, ou outro **nomen juris**).

Inadmissível, por isso, o seqüestro de numerário da Previdência, para satisfação de crédito a ser honrado por ela.”

Paternalismo

Atrevo-me a mais uma crítica.

O tratamento privilegiado das prestações alimentares é produto de inegáveis bons propósitos. No entanto, o constituinte não foi feliz em o adotar.

É que a expressão “créditos de natureza alimentícia” traduz conceito exageradamente vago.

Com efeito, há prestações – como aquelas provenientes de salários em atraso – cujo escopo alimentar mostra-se à evidência.

É justo que se façam, com urgência, os pagamentos de tais dívidas.

Existem, contudo, outras que, embora não constituam “créditos alimentícios”, envolvem quantias cujo recebimento é vital, para os respectivos titulares.

Destaco, a propósito, a dívida proveniente de indenização por lesões em automóvel.

Se a indenização é devida a um motorista de praça, cujo veículo foi inutilizado pelos danos, seu pagamento é decisivo para a sobrevivência do credor.

A necessidade já não será tão desesperadora, no caso de o credor ser um miliardário, colecionador de carros importados.

O grau de necessidade não será o mesmo, se o precatório destina-se ao pagamento de gratificação natalina ao empregado bem remunerado, ou se – pelo contrário – dirige-se à satisfação de vencimentos em atraso, devidos ao servente da repartição.

Como se percebe, nem sempre o escopo alimentar determina a urgência do pagamento.

Sob outro enfoque, nem toda remuneração guarda caráter estritamente

alimentar. Alguns salários, mal fornecem o pão; outros, cobrem a manteiga e, até, o caviar.

Por outro lado, o privilégio das prestações é solução paternalista, nem sempre útil, como instrumento para homenagear o interesse social.

Melhor seria tratar com igualdade todos os credores, honrando pontualmente as dívidas para com todos.

Seqüestro

Obedecer à ordem dos precatórios é um imperativo cuja quebra descaracteriza todo o sistema montado pelo art. 100.

Não é lícito inverter a ordem – nem mesmo quando o credor mais recente oferece vantagens ao Estado devedor.

Destaco, a propósito, a advertência lançada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

“O pagamento antecipado de credor mais recente, em detrimento daquele que dispõe de precedência cronológica, não se legitima em face da Constituição, pois representa comportamento estatal in-fringente da ordem de prioridade temporal assegurada a todos os credores do Estado, de maneira objetiva e impessoal, pela Carta Política.

O Legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta Federal, teve por objetivo evitar a escolha de credores pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente não justifica, para efeito de pagamento antecipado de seu crédito, a quebra da ordem constitucional de precedência cronológica.

O pagamento antecipado que daí resulte – exatamente por caracterizar escolha ilegítima de credor – transgride o postulado constitucional que tutela a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais e autoriza, em consequência – sem prejuízo de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo – a efetivação do ato de seqüestro.” (RE nº 132.031/SP – Min. Celso de Mello – RTJ 159/943).

O seqüestro a que se refere o Supremo Tribunal, no acórdão que acabo de lembrar, é previsto no § 2º do art. 100.

Este dispositivo tem gerado controvérsias.

É que seu laconismo deixa o intérprete em dolorosa perplexidade:

sabe-se que é possível o seqüestro;

seu escopo também é conhecido;
no entanto, o texto constitucional nada esclarece, quanto ao patrimônio que deverá sofrer a constrição.

A Doutrina se divide.

Grande parte dos comentadores tangencia o problema, limitando-se em transcrever o texto.

Humberto Theodoro entende que o seqüestro incide sobre os bens do credor que recebeu o pagamento irregular e deverá atingir o patrimônio aumentado pelas quantias irregularmente embolsadas⁸.

Amílcar de Castro e Moacyr Amaral Santos, referidos por **Humberto Theodoro**⁹ pensam da mesma forma.

De acordo com esta orientação, nenhum preceito legal autoriza a derrogação da impenhorabilidade.

De outro lado, o desrespeito à ordem dos precatórios não terá ocorrido por culpa do Estado.

Já **Ulderico Pires dos Santos** sustenta tese contrária.

Para este comentador, nem sempre é possível encontrar, no patrimônio de quem a recebeu, a quantia levantada irregularmente.

Nesta circunstância – observa **Pires dos Santos** – a única solução que não reduz à inutilidade o preceito do art. 731 do CPC estaria em admitir que a impenhorabilidade dos bens públicos sofre derrogação, sempre que a cronologia dos precatórios é desrespeitada.¹⁰

Tal proposição encontra conforto em acórdão do Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário já admitiu o seqüestro de rendas da Fazenda Pública.¹¹

Acredito que o seqüestro pode atingir o patrimônio estatal, mas deve limitar-se às verbas reservadas, no orçamento, à satisfação dos precatórios.

Tenho para mim que a derrogação irrestrita da impenhorabilidade conduziria ao desrespeito das regras orçamentárias, desviando, para o pagamento de condenações judiciais, verbas legalmente reservadas a outras finalidades.

Seria um poderoso instrumento de fraudes.

O seqüestro de verbas destinadas ao cumprimento das condenações é remédio capaz de obviar o desrespeito, sem criar nova agressão ao ordenamento jurídico.

8. **Humberto Theodoro Júnior** – Curso de Direito Processual Civil – Forense – 8ª ed. – Vol. II – p. 260.

9. **Op. loc. cit.**, p. 260.

10. O Processo de Execução – Forense – 1982.

11. Cf. **Humberto Theodoro Júnior**, **Op. loc. cit.**

Não me impressionaria o argumento de que a providência resultaria inócua, na hipótese de não sobrar, na rubrica orçamentária, verba capaz de satisfazer o crédito preterido.

Se tal infelicidade acontece, a ordem de seqüestro poderá esperar o próximo orçamento, para incidir nas novas reservas.

A lesão resultante da anomalia acarreta, para o Estado, a obrigação de indenizar o credor preterido. A indenização, de sua vez, gera para o agente público que provocou a irregularidade, a obrigação de indenizar regressivamente o valor respectivo.

O melhor meio de obviar o desprezo de credores estaria no advento de sanções contra os responsáveis pela ilegalidade. Tais sanções deveriam ser de natureza penal, civil e disciplinar.

Desapropriação x Precatório

O debate em torno da execução contra o Estado envolve questão interessante, ainda não resolvida pela jurisprudência: a *compatibilidade entre a Lei de Desapropriações e o art. 730 do CPC*.

Podemos resumi-la em uma pergunta:

na execução da sentença de desapropriação incidem os preceitos dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil?

Para melhor argumentar, farei brevíssimas e superficiais considerações, na tentativa de conceituar desapropriação e definir a natureza da ação pela qual o Estado se apropria dos bens pertencentes às pessoas.

Peço licença, para começar, lembrando que a ordem jurídica é um tecido em que se cruzam – sob o controle do Estado – as relações jurídicas. Nela, enlaçam-se os poderes e respectivos deveres.

Santoro-Passarelli, com extrema segurança, observa:

“O poder e o dever são estabelecidos pelo sistema jurídico para tutela de um *interesse*, e é precisamente através da relação jurídica, e da atribuição de um poder da vontade ao sujeito ativo da relação, que se subordina o interesse do sujeito ou dos sujeitos passivos ao interesse do sujeito ativo.”¹²

12. Teoria Geral do Direito – Trad. Manuel de Alarcão – Atlântida Ed. – Coimbra – 1967 – p. 49.

O Mestre romano observa que os direitos subjetivos são outorgados pelo Estado, eis que “a lei considera existente um direito subjetivo, sempre que é reconhecido diretamente ao *indivíduo* um poder para realização de um interesse seu.”¹³

Hans Kelsen refere-se a propriedade, observando que ela

“só pode juridicamente consistir numa determinada relação de um indivíduo com outros indivíduos, a saber, no dever destes de não impedir aquele no exercício de seu poder de disposição sobre uma determinada coisa e não dificultar também por qualquer forma o exercício desse poder de disposição. Aquilo que se designa como exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa é a exclusão de todos os outros, estatuída pela ordem jurídica, do poder de disposição sobre a coisa.”¹⁴

Como se percebe destas agudas observações, os direitos subjetivos (entre eles, a propriedade) são outorgados pelo Estado.¹⁵ A desapropriação é o fenômeno pelo qual o Estado revoga a outorga da propriedade.

O ordenamento jurídico permite ao Estado desapropriar. Vale dizer: revogar (total ou parcialmente) o poder de disposição que torna o indivíduo titular de direito sobre determinado bem.

A revogação condiciona-se ao adimplemento de alguns requisitos, a saber:

- a) existência de interesse social, necessidade ou utilidade pública;
- b) pagamento antecipado, de justa indenização.

Desapropriação de direito, praticada sem que se observem estas duas condições traduziria confisco, ou esbulho (ato ilícito).

Em nosso direito positivo, a desapropriação efetiva-se, mediante:

- a) declaração de que existe interesse social, necessidade ou utilidade pública;

13. **Idem, ibidem.**

14. Teoria Pura do Direito – Trad. Dr. J. Baptista Machado – Armênio Amado Ed. – 3ª ed. – p. 191.

15. **F. Engels** afirma que o Estado foi criado pela sociedade de classes, com o escopo de assegurar aos dominantes o gozo de privilégios obtidos às custas dos dominados (cf. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado – Ed. Civilização Brasileira – 6ª ed. – pp. 190 e segs.)

b) ação, destinada à fixação do preço pelo qual o Estado indenizará o expropriado, para revogar o direito a ser expropriado.

A ação de desapropriação tem objetivo e alcance limitados. Nela discute-se, apenas, o preço. Seria oportuno, a propósito, reproduzir o Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu art. 20, onde se diz:

“A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão será decidida por ação direta.”

O estreitamento do debate justifica-se, porque o art. 24 do Decreto-Lei nº 3.365/41 delimita o alcance da decisão que terminará o processo. Diz o art. 24:

“Encerrado o processo, o juiz proferirá sentença, fixando o preço da indenização.”

Estabelecer a natureza desta sentença é tarefa que envolve alguma dificuldade.

Com efeito, o § 1º do art. 28 diz textualmente:

“A sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição.”

É manifesta a impertinência do termo “condenar”, no contexto do dispositivo. Aliás, o § 1º encerra duas impropriedades:

1. a primeira, consistente em se denominar “preço” à indenização a ser paga, em troca da desconstituição do direito. Preço, em boa técnica, é valor a ser pago pela compra que transmite o direito. Sabendo-se que a desapropriação é modo originário de aquisição, percebe-se a impropriedade do termo, na redação do dispositivo legal.

A Constituição Federal, corretamente, refere-se a “indenização” (art. 5º, XXIV);

2. a outra incorreção reside na já referida expressão “condenar”. É que a ação expropriatória é promovida pelo Estado, no propósito de que o Poder Judiciário fixe o valor pelo qual se revogará o direito do expropriado.

Ora, quando fixa o valor, a sentença estará declarando ser viável a desapropriação e afirmando que o Estado foi vitorioso, na pretensão manifestada em juízo.

Se assim ocorre, a decisão a que se refere o art. 24 é, sem dúvida, uma sentença de procedência, em que o Estado é proclamado vencedor. Falar-se em condenação do vitorioso é manifesta incoerência.

Assim, a sentença que fixa o valor da indenização carece de força condenatória, ela tem evidente natureza declaratória. Nela, o juiz explicita qual o valor da indenização que derrogará o direito a ser expropriado.

Merece destaque a circunstância de que a sentença não efetiva a desapropriação. Nela, o juiz limita-se em dizer ao Estado autor: pode consumir a desapropriação, desde que pague ao expropriando, o valor que estou fixando nesta sentença.

Abre-se, então, em favor do Estado a faculdade de depositar o preço e consumir a desapropriação.

Fique bem claro: a sentença não condena o Estado a efetuar desapropriação; ela, simplesmente acerta o valor a ser entregue como indenização.

Para fazer tal acertamento, a decisão, implicitamente, reconhece, na espécie, a possibilidade de se efetivar a expropriação.

Com efeito, se não fosse possível a desapropriação, o juiz extinguiria o processo, por impossibilidade jurídica quanto ao objeto.

Para melhor argumentar, imaginemos situação em que determinado município promovesse ação de desapropriação contra a União Federal. A inicial haveria de ser prontamente indeferida.

Se assim ocorre, a sentença que fixa o valor do ressarcimento por desapropriação traz, implícita, uma declaração de procedência.

De qualquer sorte, ela não condena o Estado.

Tanto isto é verdadeiro que – desaparecido o interesse, ou a necessidade motivadora – o expropriante pode desistir da pretensão indenizatória (em rigor, ele fica impedido de consumir a desapropriação, por haver desaparecido um de seus requisitos).

A sentença que fixa o valor da desapropriação carece de força condenatória. Como ensinou **José Frederico Marques**,

“Os títulos judiciais, com força executiva, são apenas aqueles em que há condenação. As sentenças declaratórias são insuscetíveis de execução, enquanto que as sentenças constitutivas se cumprem através, quando muito, de atos complementares que não se caracterizam como de execução forçada e não exigem, por isso, a formação de novo processo.”¹⁶

16. Manual de Direito Processual Civil – Saraiva, 1976 – Vol. IV – p. 22.

Se assim ocorre, a sentença que encerra a ação de desapropriação não se presta a aparelhar execução.

No processo regido pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, a sentença completa-se com o pagamento ou a consignação do valor acertado na sentença. Tal providência complementar, contudo, nada tem de execução.

Se não existe execução, o art. 730 do CPC não incide, em desapropriação.

Esta proposição é correta, quando se observa a normalidade.

Fraude ao princípio da indenização prévia

O Estado, no entanto, tornou corriqueiro um expediente, através do qual deforma-se todo o sistema processual da desapropriação. Esta fraude pode ser descrita, em oito estações, a saber:

1. o Estado propõe a desapropriação, sem fazer reserva de quantia suficiente para cobrir a indenização;
2. na inicial da ação, oferece como indenização, quantia irrisória;
3. em seguida, requer imissão provisória, sem justificar a urgência, nem esclarecer o modo como exercerá a posse temporária;
4. imitado – com a cumplicidade do Poder Judiciário – passa a exercer a posse, em caráter efetivo e perpétuo;
5. fixado o valor definitivo da indenização, comodamente assentado no bem expropriando, o Estado omite qualquer providência, no sentido de integralizar o pagamento;
6. privado de seu patrimônio, o expropriado desespera-se e passa a cobrar o ressarcimento a que faz jus;
7. na impossibilidade de reverter a imissão provisória, o juiz passa a emitir precatórios, colocando o expropriado na dolorosa fila daqueles que foram lesados pelo Estado;
8. fraudada-se, assim, o sistema da lei e o princípio da prévia indenização, transformando-se o processo expropriatório em ilícita “desapropriação indireta”.

Este artifício já foi examinado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, a Seção proclamou:

“O Decreto-Lei nº 1.075/70 permite apenas a imissão provisória do expropriante, no bem objeto de desapropriação. Não autoriza imissão definitiva.

Para se valer de seus permissivos, o expropriante deve provar que seu ingresso na posse não é definitivo, mas provisório.

Permitir a imissão definitiva do expropriante, sem o pagamento integral do valor atribuído ao imóvel, em avaliação especial, é dar ao Decreto-Lei nº 1.075/70 e ao Decreto-Lei nº 3.365/41 interpretação que os torna inconstitucionais.”(EREsp nº 20.788-0 – SP – julg. em 08.06.93).

Na formação deste acórdão, emiti voto nestes termos:

“Parece-me ser lícito ao Estado imitar-se provisoriamente na posse de determinado bem. Este fenômeno, em Direito Administrativo, chama-se requisição.

Provisório é o atributo daquilo que existe temporariamente, com o destino de se deixar suceder por algo definitivo.

Imissão provisória existe, quando – por exemplo – o Estado toma posse de determinado terreno, para utilizá-lo como canteiro de uma obra vizinha e devolvê-lo, após.

Na hipótese destes autos, o fenômeno é diferente: a imissão pretendida reveste-se de caráter definitivo.

Não se trata de simples imissão de posse. Cuida-se de esvaziar a propriedade, retirando-lhe todo o substrato.

O argumento de que a imissão provisória atinge a posse, não a propriedade, é improcedente.

A Constituição protege a propriedade como um bem da vida, uma fonte de utilidade; não um simples título registrado.

O preceito constitucional, quando condiciona o pagamento a prévia e justa indenização, tem como escopo tornar possível ao expropriado a reconstituição de seu patrimônio.

Ora, quem é expulso de sua casa, tem sua propriedade esvaziada naquilo que ela tem de interessante: o **ius utendi et fruendi**.

A se cumprir o preceito constitucional, antes da expulsão, o expropriado deveria receber dinheiro suficiente para adquirir utilidade equivalente àquela que o Estado lhe está tomando.

A propriedade tem destinação social. Ela deve sucumbir ao primado do interesse público e da necessidade social.

No entanto, esta submissão observa regras inscritas na Constituição. Elas têm como sede, um princípio: o da prévia e justa indenização.

Isto significa: o Estado somente revogará a propriedade, após entregar ao dono, numerário correspondente a seu justo valor econômico.

Coerente com estes princípios, o Decreto-Lei nº 1.075/70, não cogita de imissão definitiva. Trata apenas do ingresso provisório.

Para se valer dos permissivos contidos naquele diploma, o expropriante haverá de fazer demonstração de que seu ingresso no bem expropriando não é definitivo, mas provisório.

Permitir imissão definitiva do expropriante, sem pagamento integral do valor atribuído ao imóvel, em avaliação especial, é dar ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e ao Decreto-Lei nº 1.075/70, interpretação que os torna inconstitucionais.

Data vênia do eminente Relator, rejeito os embargos.”

Este acórdão, assentado na interpretação do direito infraconstitucional vigente, reduziu a imissão provisória às suas reais dimensões.

Se o instituto da imissão provisória passar a ser praticado com os temperamentos recomendados pela Seção, a desapropriação voltará a observar o devido processo legal.

Deixaremos, então, de assistir a lamentáveis fraudes, em que o Estado valesse do Judiciário, para efetivar violentos confiscos, ou esbulhos.

Se o interesse público exige a posse imediata, o expropriante poderá obtê-la mediante oferta de valor justo, lealmente proposto.

Hoje, com a possibilidade de adiantar-se a tutela jurisdicional,¹⁷ nenhum juiz se negaria em arbitrar indenização provisória (mas justa), para o imediato ingresso do expropriante na posse do bem afetado ao bem público.

Pagamento mediante precatório

Consumada, porém, a fraude, o expropriado é colocado em situação aflitiva: perdeu seu imóvel, mas não recebeu a indenização que deveria ter sido paga, antes de o Estado reduzir o domínio à inutilidade.

A ação de desapropriação degenera em processo de indenização. O que seria uma desapropriação, corrompe-se em esbulho.

Terá ocorrido esbulho, porque só existe desapropriação, depois de efetivada a “prévia indenização” a que se refere a Constituição Federal.

Consumada, entretanto, a violência, não há como reverter seus efeitos.

Para obviar a anomalia, o remédio é instaurar-se, no que deveria ser uma desapropriação, um incidente esdrúxulo de execução: o caminho mais curto para obter a indenização perseguida pelo esbulhado.

17. CPC – art. 273.

A execução, para que não se cometam mais violências, deverá obedecer ao itinerário traçado pelo Código de Processo Civil.

Ora, o roteiro estabelecido pelo CPC determina que a execução de quantia certa contra o Estado comece pela citação, na forma do art. 730.

Como se percebe, o processo de desapropriação e o sistema de precatórios são incompatíveis.

No entanto, a deformação do instituto constitucional de revogação da propriedade, criando anômalo incidente de execução, faz necessário o socorro do art. 730 do CPC.

Não tenho dúvida de que, em aplicando parcimoniosamente o permissivo da imissão provisória eliminaremos a fraude e resgataremos a desapropriação, como instituto fundamental do Estado de Direito.

Não se faz necessária a reforma da Constituição. Nem mesmo é preciso alterar-se a lei de desapropriação. Basta uma interpretação sistemática de seus preceitos.

É suficiente que o Poder Judiciário ponha termo ao artifício que o vem transformando em co-autor de uma fraude, tão corriqueira que já assume aparência de normalidade.

Conclusão

Foram estas, as anotações que meu escasso tempo disponível permitiu fazer, em volta de um tema, onde a insegurança domina.

Estou consciente de que não trouxe qualquer novidade.

Minha esperança é haver despertado atenção, para as dificuldades que o sistema de pagamento da dívida estatal tem gerado para o Poder Judiciário.

Como registrei acima, o atual procedimento constitui incentivo ao inadimplemento, pelo Estado, de suas obrigações.

De sua parte, o inadimplemento gerou o inchaço que está levando o Aparelho Judicial à inviabilidade.

Estão em jogo valores essenciais da cidadania: o exato cumprimento de deveres e obrigações e a eficácia plena das decisões judiciais.

Envolve-se, também, o instituto da desapropriação, transformado em confisco, pela ausência de prévia indenização.

O Poder Judiciário está condenado a se agigantar, para compensar o agigantamento dos Poderes Legislativo e Executivo, no Estado moderno.¹⁸

Se quisermos chegar ao equilíbrio entre os poderes de nosso Estado, não

18. **Mauro Cappelletti**, lembrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em recente palestra.

podemos fugir ao imperativo de interpretar os dispositivos legais, de modo a torná-los compatíveis com as necessidades sociais.

Nem sempre é necessário reformar a lei. Na maioria das vezes, basta uma releitura dos textos em que ela se expressa, para colocá-la em sintonia com as necessidades hodiernas.

Este trabalho de atualização e redirecionamento dos textos legais constitui encargo do juiz. A Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, executando esta tarefa, preservou a Constituição daquele país, ao tempo em que se tornou o mais importante tribunal do Planeta.

Política da Administração e o Princípio da Moralidade

Milton Luiz Pereira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

É consabido que a legalidade é o princípio norteador dos atos administrativos, resultando que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Embora o princípio assente, não constitui demasia lembrar escólios recolhidos da lição deixada pelo saudoso **Marcelo Caetano**:

“... estampa-se, pois, com inabalável clareza, que a administração é autoridade subalterna à lei; que se subjeta internamente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro”.

.....
“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina” (**Celso Antônio Bandeira de Mello**, in *Elementos de Direito Administrativo* – pp. 59/61 – 2ª ed., Rev. Tribs.).

“O vício do ato administrativo é, em resumo, a ilegalidade que afeta qualquer dos seus requisitos de validade” (**Marcelo Caetano**, *Manual de Direito Administrativo*, p. 172).

Esse escudo de proteção é de ordem pública e, quando desobedecido, causa a lesividade ao patrimônio público.

No aspecto da estruturação do ato administrativo, entretanto, entendo que no exame da sua legalidade, com a formal apresentação do art. 37, da Constituição Federal, impõe-se descortinar que, no seu controle jurisdicional, não basta apenas a sua conformação à lei, mas à moral administrativa.

A lei é regra e medida. A moralidade não é simples corolário: é elemento constitutivo do ato.

Com efeito, o ato administrativo, sob o imperativo dos questionamentos forrados na lei, moral e, também, na ética, força lembrar a teoria dos círculos concêntricos elaborada por **Jeremias Benthan**, que pode ser assim compreen-

dida: dois círculos concêntricos, sendo o maior o da moral e o menor o do direito, portanto, havendo um campo de ação comum a ambos, ficando o Direito envolvido pela moral. De avante, “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico” (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* – trad.: Uma Introdução aos Princípios de Moral e de Legislação – Editora Abril, 1984, 3ª ed.).

Nesse prisma, pode ser lançado este silogismo: sendo imoral o ato, censurável será o seu acolhimento, sendo justa a sua anulação, com sanção ao agente público.

Ganhou tanta expressão a obrigação de resguardar a Administração do contágio da imoralidade, que a Constituição obsequiou a administração pública com especial princípio (art. 37):

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e...”

Com essas inspirações, servindo como aviso intimidatório, está em vigor a Lei nº 8.429, de 02.06.92 – DOU de 03.06.92 –, capitulando como improbidade administrativa (“imoralidade qualificada” – José Afonso da Silva – Curso de Direito Constitucional Positivo – p. 563 – Ed. Rev. Tribs. – 1991), “o ato atentatório dos aludidos princípios, situando como conduta típica” “praticar ato visando fim proibido em lei” (art. 11, I); é o caso. Ganha, outrossim, menção o Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967 (arts. 1º, XIII, e 2º – reparação civil do dano).

Vale comentar, nesse toar, que a atitude administrativa ignorando lei imperativa, com infringência do interesse público, espalhando conduta afrontosa por desviar, gerando a ilegalidade, causadora de dano ao erário público, exige pronta e ilegítima proteção devida aos administrados.

Erigida, singularmente, pois, a moralidade administrativa, pela dignidade constitucional, como princípio fundamental, o funcionário público (acepção **lato sensu**) pode e deve ser chamado à responsabilidade pelos danos materiais causados, não apenas ao erário, mas também à moralidade, ofensa nascida de desprimoroso comportamento. A lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento. Existe a responsabilidade de indenizar (4º, art. 37, CF).

Reconfortada – agora, como se disse: com a dignidade constitucional – a moralidade administrativa, distinguida como princípio de origem pública, portanto, indisponível, quando afetada lesivamente, integrando o ato censurado, reclama reparação, combativamente, ainda que signifique ousada exigência. A dinâmica social, a respeito, não perdoará o silêncio. A doutrina não é refratária; colacionando-se:

“omissis.....

“Como é sabido, a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico. Mas por esta brecha, que os civilistas gradualmente transformaram em um dos seus temas nobres, vieram outras intromissões: a doutrina do não locupletamento à custa alheia, a doutrina da obrigação natural. Apesar da resistência dos conservadores, dir-se-ia que o juriconsulto teórico está na véspera de descobrir nova ética jurídica, que o leva a inovar na matéria por ele tratada, até então, como o maior esmero técnico: o das obrigações. **Ripert** estava autorizado a afirmar ‘que o Direito, mesmo na sua parte mais técnica, apresentava-se ainda dominado pela Moral’.”

Este movimento de idéias, cuja amplitude e diversidade de aspectos não constitui o assunto do presente estudo, repercutiu também no direito público, sobretudo no direito administrativo. É aí que surge, em dado momento, e depois de sucessivas tentativas, a figura gêmea da do abuso de direito: o desvio de poder. É aí, ainda, que, a propósito do exame jurisdicional do desvio de poder, se começou a falar na “moralidade administrativa”.

“omissis.....

“Desagrada ao homem de leis em geral ouvir falar em ‘moralidade administrativa’. Porque deseje uma Administração pública imoral ou amoral, sem rei nem roque, de costas voltadas para o Honesto e para o Justo? Nada disso; mas a fórmula, enquanto se pretende nomear com ela conceito jurídico, ou princípio relevante para o mundo jurídico-normativo, inspira-lhe franca desconfiança: porque não lhe descobre sentido assim tão imediato como concreto, parece-lhe vaga e oca. Por outro lado, imprudente, – pois, como **Renard** já o notou com fina ironia, – cuida entrever, por detrás dela, o espantinho da Ordem moral, ou, recém-desembarcado da América do Norte, o espectro do Governo dos Juizes.

Não deixa de vir a propósito comentar: é o mesmo homem de leis, tão cauteloso e tão cético perante esta fórmula; o primeiro a pedir, nas petições e minutas, em nome conjunto da Moral e da Justiça, uma decisão favorável. Nunca vacila, então, a sua pena, nem geme a sua sensibilidade jurídica: faz a dupla inovação em letras bem gordas, a que acrescenta ponto de exclamação bem visível!”

“omissis.....

“Foi **Hauriou**, esse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela

vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, II, 2^o), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da ‘boa administração’, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da ‘moralidade administrativa’.”

Mas o conceito desta ficou então por definir, **Hauriou**, aparentemente, ao redigir a nota, teve uma intuição, que lhe pareceu fecunda, e encontrou uma fórmula, que considerou feliz. Doravante, a sua atenção, orientada pelos íntimos liames de certas idéias muito queridas, dirigiu-se para onde ele pressentia que descobrira nova porção de território jurídico. Contudo, na 7^a edição do seu *Précis*, tantas vezes remodelado, depois de repetir a doutrina da nota, limitou-se a acrescentar: com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de uma “ação disciplinar”, ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com ele, sanciona-se uma “moral jurídica”. Só na 10^a edição da citada obra, de passagem, indicou finalmente o que por moralidade administrativa entendia: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Noção que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à “disciplina interna da Administração”.

Segundo **Hauriou**, qualquer ser capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Ser atuante, a Administração Pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral; “*non omne quod licit honestum est*”, dizia já Paulo. Se os particulares não podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do

que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

“**omissis**.....”

“Outro autor, **Lacharrière**, publicou, em 1938, uma monografia, – *Le Contrôle Hierarchique da l’Administration dans da Forme Jurisdictionelle*, – na qual dedicou um capítulo ao tema. E a propósito de saber se na fiscalização contenciosa da atividade administrativa entrará algum elemento da fiscalização hierárquica, refere-se nos seguintes termos à moralidade administrativa: ‘é o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração’. Mas, a diferença de **Welter**, reparou a tempo haver na definição uma frase que, por sua vez, reclamava definição. Por isso, acrescentou: ‘boa administração é noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico’.”

Como, todavia, compreender que este conjunto de moral vulgar e de prescrições técnicas dê origem a uma moralidade administrativa, por natureza diferente da comum? Aqui, o nosso autor, que gosta de descer ao subsolo filosófico das concepções jurídicas, abona-se como último livro de **Bergson**, *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*. Há duas espécies de Moral: uma, aberta; fechada, a outra. Corresponde a primeira ao impulso individual para a perfeição e, em certas circunstâncias pode encontrar-se em conflito com a moral social. Quanto à segunda, é de índole eminentemente social, constitui ingrediente psicológico segregado pela própria sociedade, que dele usa para se proteger dos germes nocivos e se manter saudável. Ora, a moralidade administrativa é moralidade deste segundo tipo: embora se traduza por regras de natureza técnica, emana quase espontaneamente do esforço despendido pela Administração ao procurar ajustar-se ao seu fim, ao pretender coincidir intimamente com a função administrativa. Desta sorte, pertence ao sistema das morais fechadas que os grupos sociais elaboram para sua defesa, – sistema este que não deixa todavia de se articular à moral comum da sociedade a que os referidos grupos pertencem.

“**omissis**.....”

“No mundo ético, as interferências da Moral e do Direito são mais freqüentes do que se julga. Sem dificuldades se encontram exemplos. Tanto a lei civil como a lei administrativa, por vezes, exigem do homem

convivente que, ao manifestar o querer por condutas jurídicas, nelas concretize um pensar e um decidir de ‘bom pai de família’; isto é: de representante da moral comum, na medida em que ela pode ser entendida, e observada pelo chamado ‘homem médio’. A ordem jurídica, nestes casos, preocupando-se muito embora com o sentido jurídico da conduta, também considera o sentido moral dela. Mais: enlaça os dois sentidos, – e de tal sorte que o segundo influi no primeiro: se na conduta se não revelar o ‘bom pai de família’, o sentido jurídico dela ficará afetado.

Aparenta-se com a noção de bom pai de família a noção de ‘bom administrador’. Também aqui o elemento moral se combina com o elemento jurídico. Órgão da pública Administração, desempenha o cargo assumindo condutas jurídicas, pelas quais se realiza a função administrativa. Mas, para merecer o qualificativo de ‘bom’, terá de juntar uma reta intenção moral a uma atividade jurídica correta. Evitar a usurpação de poder, nunca ignorar os limites da própria competência, respeitar escrupulosamente os preceitos em vigor e as formalidades legais, – eis condição necessária, mas não suficiente, do bom desempenho do lugar. Sem dúvida, na conduta jurídica do administrador que diligencia conformar-se à legalidade, manifesta-se já, além do seu prudente critério, a concepção da função administrativa. No entanto, convém ter presente que há muitas maneiras de respeitar a legalidade – tantas, pelo menos, quantas forem as intenções morais de quem à mesma se submete ou dela se utiliza.

Repare-se, com efeito, no seguinte: a lei vigente fornece a norma das condutas possíveis, indicando também, por vezes, os requisitos a reunir para que as mesmas, além de possíveis, sejam válidas. Assim considerada, surge a lei, para quem a não inventou mas a encontrou já vigorando no meio social em que pretende atuar, como princípio estimativo e meio de realização de certos comportamentos humanos. Para que o fato do comportamento adquira sentido jurídico, terá de manifestar-se nele concreta referência ao valor jurídico, que a norma exprime pelo verbo dever ser; isto é: terá de reproduzir em si, enquanto comportamento efetivo, o comportamento juridicamente possível que deverá ser e ainda não é.”

“omissis.....

‘Bom administrador’, portanto, é o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, – a segunda espera dele conduta ho-

nesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio. Não será a ordem administrativa parte, ou aspecto, da ordem jurídica postulada pelo Bem-comum? E não será a ordem jurídica parte, ou aspecto, da ordem cósmica que se define mediante a liberdade humana? Como então recusar esta evidência: comete uma ‘imoralidade administrativa’ o administrador que perturba a ordem administrativa com uma conduta determinada por fins concretos alheios à pública Administração, muito embora não tenha cometido faltas legais?

Sem dúvida, a imoralidade, qualquer que seja a forma da sua manifestação, só interessa à teoria jurídica na medida em que provoca repercussões jurídicas. Surge assim o problema de saber por que modo a imoralidade administrativa penetra no mundo jurídico. É, pois, o momento de apontar outro exemplo das interferências da Moral com o *Direito: o chamado abuso de direito*” (Moralidade Administrativa – **Antônio Brandão** – in Rev. de Direito Administrativo – vol. 25 – pp. 455 a 467). Destaco: **Maurice Hauriou**, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1927.

Na palma dos registros têm merecimento estes ensinamentos:

“**omissis**.....

“Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de costume aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão de legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade.”

“O círculo da moralidade, na hipótese, resulta menor que o círculo da legalidade. Está dentro do direito e não fora dele, a se fazer sentir nos diferentes graus de ação administrativa, sensibilizando a ordem jurídica no que tem de comum com os atos de gestão ou de governo” (**Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** – As Práticas Administrativas e o Controle da Moralidade – Rev. de Direito Administrativo – jan/março de 1974 – pp. 9 e 10).

Como o alinhamento feito, guardando-se na lembrança a posição pioneira assentada na Apelação Cível nº 151.580 – TJSP – Rel. Des. Cardoso Rolim – (RDA 89/134), como ponto forte, tem-se que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.

A ofensa à moralidade, por si, causa dano à Administração, a meu ver, gerando a obrigação de reparar o dano, só pela prática do ato lesivo à moralidade administrativa.

Desse modo, sob o guante da moralidade administrativa – erigida como princípio constitucional –, vinculada à indisponibilidade do interesse público, constituindo-se em bem jurídico, quando ofendido (dano presumido), emerge que a reparação é de direito.

Enfim, a obrigação de indenizar nasce da prática de ato nulo, causadora de presumido dano à moralidade administrativa (o dano é a ofensa à legalidade e à moralidade), cuja mensuração, para efeito de reparação material, tem por parâmetro o efetivo dispêndio feito pelo erário, como decorrentes despesas forçadas pelo ato ilegal.

Nesse campo de idéias, como exploração ideativa, se toda a exposição feita ficasse sombreada pelo abandono, por não constituir demasia ou heresia jurídica afirmar que, se abandonada ficasse a obrigação da indenização por dano material, com todo fulgor, aqui, como especulação, poderia ser descoberto o dever indenizatório por dano moral (afinal a Administração foi lesada na sua moralidade). Mas, teria cabimento a cogitação sobre o dano moral na pessoa jurídica? Como questionamento, encontro defensores. Embora, de minha parte, por desvinculação deste caso, deixe reservada futura oportunidade, em prol da assertiva, por agora, trago à colação os ensinamentos que podem ser hauridos no trabalho elaborado pelo Des. Walter Moraes – “Se é Viável Indenização por Dano Moral à Pessoa Jurídica” – (in *Repert. IOB Jurisp.* – nº 19/91 – 1º de outubro – nº 3) e na lúcida exposição feita pelo Professor **Limongi França** (in *Rev. dos Tribs.* – 631, pp. 29 a 37 – item 2.2.).

Em arremate, sempre vinculado à indisponibilidade do interesse público, a legalidade do ato administrativo se consubstancia não só na sua conformação à lei, como também com a moral administrativa, necessário elemento constitutivo.

Conferência proferida no II Congresso Internacional de Direito Administrativo – Foz do Iguaçu – 10 a 12 de agosto de 1992, promovido pela Genesis Editora.

Honorários Advocatícios em Mandado de Segurança

Francisco Cesar Asfor Rocha

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não deixo de ficar inquieto quanto aos comandos emergentes dos Verbetes Sumulares nºs 512, do Pretório Excelso, e 105, do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais *não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*.

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

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

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

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

O saudoso **Hely Lopes Meirelles** (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, p. 65), afirma, enfaticamente, que “na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determi-

na o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula nº 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

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

Yussef Said Cahali (in *Honorários Advocatícios*, pp. 735/734), persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que “no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não se esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou pela ação fundada em direito público, quando se cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o **habeas corpus**, para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece, é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida”.

O Prof. **Maurilio Wagner de Paula Reis**, em trabalho intitulado *Os Honorários na Ação de Mandado de Segurança* (in *Mandados de Segurança e de Injunção*, coordenado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 332), adiciona que “não se pode olvidar o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 – as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar dano”.

Na mesma trilha está **Celso Ribeiro Bastos** (in *Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., Saraiva, 1982, pp. 20/21) quando leciona que “a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo Civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência freqüente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta, a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?”.

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

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula nº 512.

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

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

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência das prefaladas súmulas já deixa o magistrado naturalmente inibido para não se lançar contra elas e formular novas reflexões sobre o tema.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tais considerações é que ainda guardo entusiásticas esperanças de ver um dia a jurisprudência reformulada para ter por cabível a condenação da verba honorária em sede de mandado de segurança.

Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo

Adhemar Ferreira Maciel

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Introdução. A “Terceira Onda” do controle da constitucionalidade das leis. Fenômeno do final do século.

Se no início dos anos 30¹ o mundo viu passivamente crescer a autocracia e se espalhar como fogo o arbítrio, agora, no final do século, está testemunhando o arrebentar da *Troisième Vague* do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, na expressão otimista de Louis Favoreau, deão da Universidade d’Aix-Marseille III.²

Estados tradicionalmente avessos à proteção e garantia dos direitos fundamentais, como os muçulmanos, com o Pacto de Teerã, passaram, “ainda que no papel”³, a admitir o controle do poder público.⁴ Mesmo que incipiente, trata-se de um primeiro passo para a valorização da dignidade humana.⁵ A tônica do

1. Mesmo em países de democracia estratificada, como os Estados Unidos da América, em 1935 havia muita gente que acreditava piamente que a estrutura tradicional da política norte-americana estivesse a um passo de desfazer-se. Os partidos políticos não tinham como conter a energia desencadeada por pregoeiros de regimes nazi-fascistas (cf. **Schlesinger, Jr., Arthur**. *La Era de Roosevelt – la Política del Cataclismo*. Trad. para o espanhol por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968, p. 64).
2. A “Primeira Onda” ocorreu logo após a Primeira Grande Guerra, com o controle concentrado na Constituição de Weimar e sobretudo na Constituição da Áustria; a “Segunda Onda” se deu logo depois da Segunda Grande Guerra, com as Constituições da Áustria, Itália, Japão e Alemanha Ocidental (cf. **Mauro Cappelletti**. *General Report* na coletânea organizada por **Louis Favoreau** e **John-Anthony Jolowicz**, com o título de *Le Contrôle Juridictionnel des Lois – Légitimité, Effectivité et Développements Récentes*. Paris: Economica, 1986, p. 302).
3. Para alguns sistemas jurídicos, para que o ato internacional passe a obrigar interna e internacionalmente, é necessária sua incorporação legislativa. Para outros, basta a ratificação pelo país assinante. A nova ordem jurídica brasileira, inaugurada em 05.10.88, adota o sistema misto: se o tratado internacional ratificado pelo Brasil versar sobre proteção de direitos fundamentais, a incorporação é automática por força do art. 5º, § 2º, da Constituição (cf. **Piovesan, Flávia**. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad, Ltda, 1996, pp. 82 e seg.)
4. Cf. **Gélard, Patrice**, in *Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea*, palestra publicada na Revista da Faculdade de Direito das Universidades Metropolitanas Unidas, Ano 10, Série Internacional V, jan./junho 1996.
5. Ao falar sobre o sistema constitucional espanhol, o Prof. **Francisco Fernández Segado** diz: “*Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución*

constitucionalismo contemporâneo está sobretudo no respeito aos direitos fundamentais, que tendem a se internacionalizar.⁶

Na verdade, não podem existir direitos fundamentais sem instrumentos processuais eficientes e juízes independentes para efetivá-los. Hoje, mais do que justificar os direitos fundamentais, é importante protegê-los.⁷

A Constituição brasileira de 1934 criou o instituto do mandado de segurança, instrumento dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos. De nossos Estatutos políticos posteriores, apenas a Carta de 1937 – “A Polaca”⁸ – deixou de contemplá-lo expressamente.

O instituto do mandado de segurança, com mais de meio século de existência e ainda em constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, é, em nosso entender, o mais aperfeiçoado instrumento processual constitucional na defesa dos direitos fundamentais no Brasil.⁹ Não tem a generalidade inviabilizante do *juicio de amparo* mexicano, nem o casuísmo dos *writs* anglo-americanos.

Por sua simplicidade e eficácia, pode-se dizer, sem imodéstia, que o man-

proclama, de una u outra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma” (*El Sistema Constitucional Español*, artigo doutrinário publicado in *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, livro organizado por **García Belaunde, Fernández Segado, F. e Hernández Valle, R.** Madrid: Dykinson, 1992, p. 394). Daí a Lei Fundamental de Bonn, que tanto influenciou a Constituição espanhola, ter aberto o art. 1^a com a rubrica *Schutz der Menschenwürde* (Proteção da Dignidade Humana). Também a Constituição portuguesa foi marcada por tal dispositivo (art. 1^a), uma vez que a “pessoa (humana) é o fundamento e fim da sociedade e do Estado” (**Miranda, Jorge**. Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Coimbra Editora, Limitada, 1988, p. 167).

6. Cf. **Piovesan, Flávia**, ob. cit., p. 70. **Antônio Augusto Cançado Trindade** fala até em “novo constitucionalismo”, quando se refere à internacionalização da proteção dos direitos humanos (A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, número 182, julho/dezembro 1993, p. 29).
7. **Bobbio, Norberto**. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.
8. No embalo universal da descrença na democracia, o Governo Getúlio Vargas foi-se inspirar na Carta ditatorial polonesa de Pilsudski (cf. **Silva, Hélio**. As Constituições do Brasil. R. Globo, 1985, p. 90). Esse estatuto político é classificado por **Karl Loewenstein** como “Constituição originária”, uma vez que criou o “neopresidencialismo” (cf. *Teoría de la Constitución*, 2. ed. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 210). Embora vernáculo, o termo *polaco*, no feminino, tem sentido pejorativo (cf. Dicionário Aurélio Eletrônico). Józef Pilsudski, ministro da guerra do premiê Moscicki, assumiu poderes ditatoriais e promulgou a Carta de 1935 (cf. *Multimedia Encyclopedia Encarta*, 1992, Microsoft Corporation).
9. O direito de ir, vir e permanecer é protegido pelo **habeas corpus** (Constituição de 1988, art. 5^a, LXVIII).

gado de segurança é digno de ser copiado ou adaptado por outros povos.¹⁰ É claro que ele não nasceu como Minerva da cabeça de Júpiter. Ao contrário, foi fruto da necessidade e exigência de uma época em que o jurisdicionado começava a experimentar o gosto da liberdade e do enfrentamento com o Poder Público. Ainda que sua inspiração possa estar em institutos alienígenas, como os *writs* anglo-americanos ou o *juicio de amparo* mexicano, sua criação está intimamente ligada ao **Habeas Corpus**, aos Interditos Possessórios e à Ação Anulatória de Atos da Administração (Lei nº 221/1894).¹¹

Direito líquido e certo. Condição especial da ação de mandado de segurança. Histórico. Conceito. Jurisprudência do STF e do STJ

A essência do mandado de segurança está no *direito líquido e certo*. Conceituar *direito líquido e certo*, assim, deve ser o primeiro passo para o bom entendimento do instituto.¹²

O art. 5º da Constituição Federal diz expressamente: “LXIX – conceder-se-á mandado de segurança 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”.

Como ensina **Celso Barbi**, a “expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do **habeas corpus**, e para aplicação a este”.

10. Diversos autores estrangeiros se têm ocupado do estudo do instituto brasileiro. Assim, **Héctor Fix-Zamudio** (*Ensayos sobre El Derecho de Amparo*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993), **Luis Alberto Viera** (*Ley de Amparo*, 2ª ed., Montevideo: Idea, 1993). A Lei uruguaia nº 16/11/88 – Ley de Amparo –, como ensina Viera foi também inspirada na nossa Lei nº 1.533/51.

11. Cf. **Cavalcanti, Themístocles Brandão**, A Constituição Federal Comentada, v. III, Rio de Janeiro: Konfino, 1949, p. 178. Em voto proferido no MS nº 333/36, o Ministro Carlos Maximiliano fez a seguinte observação: “Não aceito essa opinião, em primeiro lugar, porque o novo instituto jurídico não tem origem romana nem ligação com o inventário, o direito sucessório, ou coisa parecida. O mandado de segurança procede de fonte norte-americana. Aliás, a própria letra do texto leva a esta conclusão” (*Archivo Judicial*, v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 05.01.37, p. 7).

12. Daí dizer **Celso Barbi** que o conceito de direito líquido e certo é “a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício” (Do Mandado de Segurança, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 55).

Outra não é a observação de **Themístocles Brandão Cavalcanti**: “Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão *certo, líquido e incontestável*, nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de **habeas corpus** a outros direitos que não os concernentes à liberdade física”.¹³

Também **Castro Nunes** diz que “as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do **habeas corpus**, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência”¹⁴. Mais para a frente, continua o ministro e publicista da primeira República, após transcrever trecho de voto de Pedro Lessa no qual se utiliza dos adjetivos “incontestável” e “líquido”: “a fórmula *direito certo e incontestável* tem, pois, nesses antecedentes a sua origem, o seu comentário, a sua explicação”.¹⁵

Efetivamente, Pedro Lessa, no HC nº 3.539, impetrado por Rui Barbosa no STF, esboça a idéia de que o *direito líquido e incontestável* estava ligado à prova pré-constituída e à rapidez da solução do conflito de interesses. Em seu voto-vencido disse Lessa:

“A liberdade de locomoção é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos. No segundo caso, o constrangimento se limita à privação da liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolhem os movimentos necessários para o exercício de um certo direito; não permitem que volte ao domicílio, que penetre na repartição onde é empregado, que vá à praça pública onde se deve realizar uma reunião política, ou à assembléia política de que é membro. Neste segundo caso, diversa é a indagação a que deve proceder o juiz a quem se impetrou a ordem. Cumpre-lhe verificar se o direito que o paciente quer exercer, e o do qual é a liberdade física uma condição, um meio, um caminho, é um *direito incontestável*, se não há uma controvérsia sobre esse direito, *que deve ser dirimido em outro processo*. Esta investigação se impõe ao juiz, porquanto o processo do **habeas corpus** é de andamento rápido, não tem forma nem figura de juízo, e

13. A Constituição Federal Comentada, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1949, p. 208.

14. Do Mandado de Segurança e outros Meios de Defesa do Direito contra Actos do Poder Público. Livraria Acadêmica, 1937, p. 55.

15. Ob. cit., p. 65.

conseqüentemente não comporta o exame, nem a decisão de qualquer outra questão judicial, que lhe queira anexar, ou que nele se pretenda inserir. Desde que esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um *direito líquido*, não é lícito negar o **habeas corpus**".¹⁶

Em **habeas corpus** impetrado no meado de dezembro de 1914, para garantir o exercício da presidência do Estado Rio de Janeiro ao então Senador Nilo Peçanha, reconhecido como eleito por uma facção do Legislativo local, *Pedro Lessa* (vencido), reiterando suas palavras anteriores, deixa bem claro que "direito incontestável, líquido, certo" está ligado à prova pré-constituída.¹⁷

Outros ministros do STF também se prevaleceram da expressão *incontestável*, como o fez Coelho e Campos no **habeas corpus** acima mencionado. Mais tarde, no Acórdão nº 5.514, de 24.12.1919, Edmundo Lins aderiu à nomenclatura lessiana.¹⁸

Ainda hoje não se acha pacificado o conceito de *direito líquido e certo*. Trata-se de uma *condição*¹⁹ específica da ação de mandado de segurança? Envolve mérito?

A resposta às indagações acima vai depender, em primeiro lugar, do direito positivo de cada país e, em segundo lugar, da concepção doutrinária e até *filosófica* do operador do direito.

O CPC brasileiro em vigor (1973), por influência doutrinária do

16. **Costa, Edgard**. Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, p. 224.

17. **Costa, Edgard**, ob. cit., p. 233.

18. Cf. **Araújo Castro**, A Nova Constituição Brasileira. Freitas Bastos, 1936, p. 452.

19. A teoria da ação tem sofrido, ao longo dos anos, sobretudo depois do meado do século XIX (**Bülow** e **Wach**), constante oxigenação doutrinária. Nosso CPC em vigor (1973) distingue os "pressupostos processuais" das "condições da ação". O juiz só pode chegar à pretensão resistida do autor, deduzida na petição inicial, se satisfeitos os requisitos para o exame de mérito: os pressupostos processuais, que dizem respeito à validade e regularidade do processo, e as condições da ação, que se connexionam com a ação propriamente dita (Cf. arts. 3º e 267, IV e VI). "Não se confundem com os pressupostos processuais, pois estes dizem respeito apenas à validade da relação processual, enquanto as condições da ação se relacionam com a possibilidade ou não de obter-se, dentro de um processo válido, a sentença de mérito" (**Theodoro Jr., Humberto**. Processo de Conhecimento, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 339). Quando ausente uma condição que seja, o juiz extinguirá o processo (que se pressupõe válido) por "carência de ação" (cf., dentre outros, **Moacyr Amaral Santos**, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 5ª ed., 1ª v. Saraiva: 1977, p. 146. **Humberto Theodoro Jr.**, Processo de Conhecimento, ob. cit., p. 339).

“abstracionista” **Enrico Tullio Liebman**, procurou abraçar a doutrina do direito abstrato de ação: a ação judicial é dirigida contra o Estado, e não contra aquele que resiste à pretensão do autor. É, na conceituação de **Alfredo Rocco**, um “interesse secundário”, que não se confunde com o direito material (“interesse primário”), ainda que possa ser-lhe conexo. Em outras palavras, como o “credor” da pretensão insatisfeita não pode obrigar *manu militari* o “devedor” a satisfazê-lo, tem de provocar o Estado (juiz), pedindo-lhe que o faça, aplicando o direito objetivo.²⁰

Antes mesmo do advento da primeira lei do mandado de segurança, a Lei nº 191/36, autores de nomeada, como Carlos Maximiliano, já se debruçavam sobre a expressão constitucional (1934) *direito certo e incontestável*, tentando entendê-la, esmiuçá-la e defini-la.²¹ **Castro Nunes** chega mesmo a afirmar que o constituinte de 34, “temeroso da facilitação da medida”, teria colocado no texto magno a expressão com o fito de “dificultar a concessão do mandado de segurança”.²² O Ministro **Carlos Maximiliano** asseverava que se tratava de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”.²³ Esse entendimento nos parece, hoje, numa perspectiva puramente histórica, compreensível para a época, uma vez que o texto constitucional então vigente (1934) se utilizava do advérbio *manifestamente* para modificar os adjetivos *inconstitucional* e *ilegal*. Mas, a partir da Constituição de 1946, que suprimiu

20. **José Frederico Marques** ensina: “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado. Trata-se de direito autônomo, conexo a uma pretensão, e de caráter abstrato. É direito conexo a uma pretensão, porque o pedido de tutela jurisdicional tem por fim tornar satisfeita a pretensão que gerou a lide. Nexos e ligações existem, portanto, entre a ação e a pretensão, muito embora não se confundam e se apresentem distintas: a pretensão é ato jurídico que contém exigência contra o réu; a ação é direito subjetivo contra o Estado para pedir-lhe a tutela e o reconhecimento da pretensão” (Manual de Direito Processual Civil. 12ª ed., v. I. S. Paulo: Saraiva, 1987, p. 174). O conceito de “ação”, como de resto o de “processo”, continua sempre em fermentação. **Elio Fazzalari** “alarga” o conceito de *azione*. Não é só “*la parte che promuove il processo (così, nel processo civile, l’attore)*”; *ha la propria azione qualsiasi altra parte (così, ancora nel processo civile, il convenuto, l’interveniente)*: infatti ciascuna parte ha una serie di poteri, facoltà, doveri, assegnatili proprio per realizzare, con una serie di atti, la sua partecipazione al processo, quindi il contraddittorio.” (Istituzioni di Diritto Processuale, 5ª ed. Padova: Cedam, 1989, p. 405).

21. Uma das primeiras tentativas de interpretar a dicção constitucional “direito certo e incontestável” partiu do então Juiz Federal Cunha Mello, como sendo aquela “contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis e sim vagas alegações cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame”(Flaks, Milton. Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 111).

22. Ob. cit., p. 63.

23. Parecer, Jornal do Commercio de 28.08.34.

o *manifestamente* e trocou a expressão *certo e incontestável* por *líquido e certo*, já não se podia mais falar em *direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável*. Por isso, não deixa de ser um tanto caturra a persistência de **Carlos Maximiliano** na mesma conceituação anterior, quando, nos Comentários à Constituição (1946), repetia que “cabe o *mandado de segurança* quando se trate de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações”... “Direito líquido e certo é aquele contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis, e, sim, meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado, pesquisas difíceis; por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa-fé e desinteressadamente”.²⁴ Esse pensamento doutrinário não deixou de refletir no STF, como deixa transparecer o excerto de voto abaixo, do Ministro Lafayette de Andrada:

“Vê-se que não pode haver direito líquido e certo quando o assunto dá margem a variadas opiniões, variados entendimentos do texto legal. O direito líquido e certo exige sua comprovação à primeira vista, sem se aprofundar em doutrinas e controvérsias” (MS nº 1.514-DF, julgado em 20.02.52).

O modo de pensar do Ministro Carlos Maximiliano, então Procurador-Geral da República²⁵, já havia sofrido crítica de **Castro Nunes**: “entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança. Mas tais questões não são as que comumente dão entrada em juízo. Aliás, o critério que parecesse *simples* a um juiz, difícil e complicado poderia ser para outro, menos enfrornado no assumpto”.²⁶

Alfredo Buzaid gasta algumas boas páginas e não consegue, creio eu, precisar o que vem a ser o *direito líquido e certo*. Combate a conceituação de **Celso Barbi**, que via no instituto conotação *tipicamente processual*. Procura fazer um paralelo entre o conceito civilístico de *título líquido e certo* com *direito líquido e certo*, não logrando apontar um porto seguro para o entendimento da cláusula constitucional. “A nosso ver” – diz **Buzaid** –, “direito líquido e certo, para efeito de mandado de segurança, não é aquele que se apresenta certo quanto à sua exis-

24. 5ª ed., v. III. Freitas Bastos, 1954, pp. 146 e seg.

25. O Procurador-Geral da República era escolhido pelo Presidente da República dentre um dos juizes do STF (Decreto nº 848/1890, art. 6º).

26. Ob. cit., p. 57.

tência e líquido quanto ao seu valor, para usar a fórmula empregada pelo Código Civil ao definir a obrigação líquida (art. 1.533).²⁷ Mais para a frente, continua o juspublicista pátrio: “O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua *incontestabilidade*, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito”.²⁸

Ora, percebe-se a fragilidade da conceituação acima, que parte de elemento puramente subjetivo. O que seria uma “afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública”? É o juiz que vai fazer a avaliação da *seriedade* como se fosse a autoridade coatora? Claro que não.

Sérgio Ferraz²⁹ busca conceituar separadamente os adjetivos *líquido e certo*, o que não me parece aconselhável³⁰: “Diremos” – afirma o eminente professor da PUCRJ – “que líquido será o direito que se apresente com alto grau, em tese, de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recurso a dilações probatórias”.

Indago: por que voltar-se à idéia de “plausibilidade” do direito subjetivo, se não está em jogo medida cautelar? Ainda que veja no “direito líquido e certo” uma *condição da ação criada no patamar constitucional*, **Sérgio Ferraz** diz que o “direito líquido e certo” também implica *decisão de mérito*.

Ninguém melhor do que o Ministro Costa Manso, do STF, conceituou o *direito certo e incontestável*. Trata-se de voto célebre, hoje repetido por todos aqueles que abordam o tema, proferido no MS nº 333/1936, onde foi lido voto já preparado para o RMS nº 324:

“Eu, porém, entendo que o art. 113, nº 33, da Constituição empregou o vocábulo *direito* como sinônimo de *poder* ou *faculdade* decorrente da *lei ou norma* (direito subjectivo). Não alludiu á própria *lei* ou *norma* (direito objectivo). O remedio judiciario não foi criado para a defesa da *lei em these*. Quem requer o mandado, defende o seu *direito*, isto é, o direito subjectivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjectivo, o direito da parte

27. “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

28. Do Mandado de Segurança, v. I, Saraiva, 1989, pp. 85 e seg.

29. Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) – Aspectos Polêmicos, Malheiros, 1992, p. 24.

30. Também **Direito**, **Carlos Alberto Menezes**, faz a mesma observação quanto à inconveniência de analisar-se, separadamente, os adjetivos (Manual do Mandado de Segurança, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 57).

é constituído por uma relação entre a lei e o facto. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignoral-a, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão della não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O facto é que o peticionario deve tornar certo e incontestável para obter mandado de segurança. O direito será declarado e applicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela sciencia, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditorios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de *plano* um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legaes esparsos, complexos ou de intelligencia difficil ou duvidosa. Desde, pois, que o facto seja certo e incontestavel, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difficil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.³¹

O Ministro Castro Nunes, já em 1937, quando vigia a Lei nº 191/36, é muito claro a respeito do tema:

“Direito certo e incontestavel, para os effeitos do mandado de segurança, se define por uma condição processual e pelo teôr da obrigação que incumba á autoridade. Condição processual é a possibilidade de provar *de plano*, documentalmente, os pressupostos da situação jurídica a preservar do acto lesivo e a violação ou ameaça de que se queixa o impetrante, susceptivel, em regra, de prova official. A segunda indagação é o merito da questão, o exame da legalidade do procedimento da autoridade, o direito de exigir da autoridade o cumprimento de um dever funccional”.³²

Ainda que não esteja pacificada a conceituação de direito líquido e certo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma pesquisa em decisões do STF mostra que vai prevalecendo, ao longo dos anos, a tese de que a expressão *direito líquido e certo* está ligada à prova pré-constituída, a fatos documentalmente provados com a inicial:

“Deixa de ser líquido e certo o direito do impetrante, se demanda de provas para a sua verificação. Impropriedade do mandado de segurança,

31. *Archivo Judiciario*, v. XLI. Rio de Janeiro: O Jornal do Commercio de 05.01.37.

32. Ob. cit., pp. 61 e seg.

nesse caso” (RMS nº 1.548, Min. Mário Guimarães, DJU de 19.05.52, p. 2.276).

“Retificação de limites do território do novo Município. Questões de alta indagação³³, insusceptíveis de apreciação em mandado de segurança. Recurso desprovido”. (Ementa do RMS nº 4.953-RS, Min. Barros Monteiro, DJU de 02.05.58).

“Mandado de segurança. Ao relator é facultado o indeferimento **in limine**, cabendo agravo de tal despacho. Não cabimento do remédio, pois o caso não é daqueles em que, por ser possível excluir a controvérsia sobre *matéria de fato*, o mandado de segurança serve ao reconhecimento de *direito líquido e certo*, demonstrável desde logo pela só exibição de *documentos*, em confronto com a lei aplicável” (RMS nº 1.912, Min. Luís Gallotti, DJU de 14.12.53, p. 3.781).

“Mandado de segurança e direito a vencimentos. *Dúvidas na situação* dos impetrantes ainda quanto à entidade devedora. Inocorrência de direito *líquido e certo*. Indeferimento do *writ*” (MS nº 2.174, Min. Orosimbo Nonato, DJU de 08.07.54, p. 7.985).

“Mandado de segurança. Posse e domínio. *Questões de fato*. Ausência de *direito líquido e certo*. Decisão judicial. Improcedência do pedido. Denegação do recurso” (RMS nº 2.478, Min. Ribeiro da Costa, julgamento em 01.10.54).

“Mandado de segurança. Denegação, desde que não se demonstra *direito líquido e certo*, tanto assim que, ainda nas razões de recurso, o impetrante oferece

33. Os praxistas consideravam “questão de alta indagação” a que envolvia fatos complexos, apuráveis somente através do procedimento ordinário. “As questões de alta indagação somente podem ser promovidas em ações cujos ritos sejam ordinários. E, se aventadas em ações especiais, devem ser trazidas à ação própria, para que, por ela, seguidas as formalidades processuais que se mostrem indispensáveis, se solucione a pendência” (De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, 11 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 139). No verbete “Alta indagação”, n. 4, J.M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, anota: “Houve, entretanto, sérias divergências entre notáveis juristas sobre a conceituação de “alta indagação”. Sustentaram uns que casos de “alta indagação” eram, apenas, os que envolviam questões de fato, dependentes de produção de provas, ao passo que outros defendiam a tese de que podiam existir questões de direito de alta indagação, desde que fossem difíceis e intrincadas” (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. III. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 211).

novos documentos e pede a requisição de outros, o que se não concilia com a índole daquele remédio sumaríssimo. Recurso não provido” (RMS nº 2.484, Min. Luís Gallotti, julgamento em 06.04.55).

“Mandado de segurança. Não cabimento, se a matéria a ser decidida envolve *questões de fato*, sujeitas a árduos meios de prova e exame incompatíveis com o requisito de *liquidez e certeza do direito*” (RMS nº 2.954, Min. Luís Gallotti, julgamento em 08.03.55).

“Mandado de segurança. Ausência de *direito líquido e certo*. Questões de fato a serem apuradas. Nega-se a segurança” (RMS nº 3.079, Min. Lafayette de Andrada, julgamento em 04.04.56).

“Aforamento. A dependência de *prova* mostra a inexistência de *direito líquido e certo*” (RMS nº 5.481, Min. Cândido Motta, julgamento em 09.07.58).

“Mandado de segurança: deve ser denegado quando lhe falta documentação hábil, que mostre o *direito líquido e certo*” (RMS nº 6.099, Min. Afrânio Costa, julgamento em 24.11.58).

“Mandado de segurança; não há *direito líquido e certo* dependente de *provas* a serem produzidas posteriormente. Funcionário civil ou militar em missão oficial no estrangeiro, não está por esse fato autorizado a trazer bens que mandou adquirir em diversos países e importá-los desses países para o Brasil” (RE nº 39.282-DF, Min. Afrânio Costa, DJU de 30.01.60).

“Recurso extraordinário. Interposto de acórdão concessivo de mandado de segurança. Rejeição liminar. Agravo desprovido. *Direito líquido e certo* verificado em face da *prova*” (Ag nº 27.428, Min. Antônio Villas Boas, DJU de 18.10.62, p. 1.569).

“Máquinas trazidas do estrangeiro. Licença de importação. Matéria que depende de *exame* de prova escapa ao remédio constitucional” (RMS nº 9.513-DF, Min. Cândido Motta, julgamento em 11.07.62).

“Funcionários públicos interinos. Não é *líquido nem certo* o direito que pleiteiam aos cargos para que foram nomeados outros candidatos aprovados em concurso. Em mandado de segurança não se *examinam fatos* contes-

tados, contestáveis e *dependentes de prova*. Indeferimento” (MS nº 8.584-DF, Min. Pedro Chaves, DJU de 17.12.63, p. 4.432).

“Não há matéria de direito, que se possa considerar complexa, para solução no mandado de segurança. Complexa é só, na lição dos Doutores, a matéria de fato, que não possa ser deslindada por documentos fora de dúvida. No caso dos autos, não há controvérsia em torno dos fatos, reconhecidos por ambas as partes. Tudo gira em torno de decretos e atos dos Governadores e da interpretação de leis. Logo, a matéria pode ser decidida por via de mandado de segurança, quanto a este ponto” (Excerto do voto do relator, Ministro Aliomar Baleeiro, no RMS nº 11.353-PR, publicado na RTJ 39, p. 464).

“Mandado de segurança. Autorização de pesquisa de areia. Não sendo *certos os fatos*, uma vez que a versão do impetrante colide com as informações da autoridade, não é possível o exame dos efeitos jurídicos acaso resultantes dos mesmos *fatos*. Inexistência de *direito líquido e certo*. Denegação do mandado de segurança” (MS nº 18.370-DF, Min. Eloy da Rocha, DJU de 29.12.69, p. 6.235).

“**In casu** há controvérsia em torno da *matéria de prova*, de modo a afastar a propriedade do mandado de segurança, que pressupõe *direito líquido e certo*. *Recurso provido*” (RE nº 70.558-SP, Min. Djaci Falcão, DJU de 14.06.71).

“1. Funcionário público dirigente de associação de classe e que fez críticas pela imprensa, à administração a que serve. Falta disciplinar punida. Ação de segurança proposta contra o autor da punição. *Dúvida* sobre se foi punido por ser funcionário ou por ser diretor da entidade. Trata-se de *matéria que envolve fato incerto* e que, por isso, não pode ser julgada por meio da sobretida demanda, que pressupõe *fato* indiscutivelmente *certo*. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 72.646, Min. Antônio Neder, DJU de 07.11.77, p. 7.832).

“Mandado de segurança. Prova. Acórdão que, em face das circunstâncias do caso, entende que são elas aptas para a demonstração da *certeza do fato* não viola o § 21 do art. 153 da Constituição Federal, nem o artigo 1º da Lei nº 1.533/51, pois nenhum dos dois dispositivos trata dos meios de prova que podem produzir no juiz a convicção da *certeza dos fatos alegados*, e, conseqüentemente, da existência de *direito líquido e certo* a que ambos

aludem. Dissídio de jurisprudência não comprovado em face dos termos do art. 305 do Regimento Interno do STF. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 89.687, Min. Moreira Alves, DJU de 11.12.78).

“Não é possível conceder mandado de segurança sem o exame da *documentação* na qual se funda o alegado *direito líquido e certo*. Agravo regimental desprovido” (AgRgAg nº 83.698-RJ, Min. Soares Muñoz, DJU de 09.10.81, p. 10.056).

“Recurso extraordinário. Prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356.

Matéria relativa à compensação de crédito tributário que, a par de não prequestionada, não guarda similitude com a sistemática da não cumulatividade do ICM. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. Inexistência de ofensa aos pressupostos processuais do mandado de segurança visto que a controvérsia encerra questões de direito, não de *fato*, sob controvérsia. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 96.842-RJ, Min. Rafael Mayer, DJU de 27.08.82, p. 8.180).

“Recurso extraordinário: exigência de prequestionamento, no acórdão recorrido, dos temas constitucionais suscitados.

2. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. O *direito líquido e certo*, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de *prova inequívoca dos fatos* em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito” (cfe. STF, Plen., AgRg MS nº 21.243, 12.09.90). (RE nº 117.936-RS, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 07.12.90, p. 257).

“Mandado de segurança. Militar. Promoção. Artigo 8º do ADCT.

Sendo *controvertidos os fatos* alegados, não há *direito líquido e certo* a permitir a concessão do mandado de segurança.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 21.567-DF, Min. Moreira Alves, DJU de 30.10.92, p. 19.515).

“Mandado de segurança. Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária. Alegação de se tratar de média propriedade, em face da área aproveitável.

Sendo os *fatos controvertidos*, não há como pretender-se, no caso, a existência de *direito líquido e certo*.

Mandado de segurança indeferido, cassando, em consequência, a liminar concedida, mas ressalvando-se ao impetrante o uso das vias ordinárias” (MS nº 21.971-PE, Min. Moreira Alves, DJU de 16.06.95, p. 18.214).

“Mandado de segurança. Recurso ordinário. Multa por ocupação irregular de imóvel funcional.

Em se tratando de mandado de segurança em que a *prova* tem de ser feita, com a *inicial*, pelo impetrante, não é admissível que se reconheça a ele, diante da afirmação, da autoridade impetrada, de que a ocupação é irregular, *direito líquido e certo* quanto à regularidade dessa ocupação com base em mera **praesumptio hominis**.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 22.135-DF, Min. Moreira Alves, DJU de 20.10.95, p. 35.262).³⁴

O *direito líquido e certo* é uma “condição especial” da ação de mandado de segurança. Em outras palavras, o impetrante, para que possa utilizar-se desta ação expedita, prevista na própria Constituição, deve provar com a inicial, através de documentos, o que afirma. Se não tiver documento, se não tiver prova pré-constituída, não tem *direito líquido e certo*. Essa a *condição* legal imposta para que o autor (impetrante) se utilize desse instrumento processual constitucional. O parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, por outro lado, reforça a *tese processual do direito líquido e certo* como *condição* da ação: “No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”. Também o art. 15 da LMS vem em socorro dessa argumentação: “A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Daí notar **Seabra Fagundes** que tal caminho apontado “somente pode ter como objetivo ensejar uma formulação mais completa da prova, pois a demonstração do direito, em face dos textos, há de ser substancialmente a mesma já feita no requerimento do mandado”.³⁵

34. Os itálicos são do autor. As ementas transcritas foram tiradas do “Informa Jurídico – versão 6”, Prolink.

35. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed. Rio: Forense, p. 280.

Tecnicamente, então, se o impetrante não juntar a documentação, comprovando o fato deduzido na inicial, ou se a apuração dos fatos exigir outras provas, deverá ser considerado, dentro de nossa sistemática processual, *carecedor da segurança*. Em outras palavras, o juiz não entrará no mérito, e extinguirá o processo com base no art. 267, VI, do CPC. Esse também é o entendimento da Professora **Lúcia Valle Figueiredo**: “Impende, pois, que os juizes, quando entenderem *não haver direito líquido e certo*, por necessidade de dilação probatória, não deneguem a segurança, porém extingam-na por carência dessa via processual. Com efeito, com a denegação supõe-se ter sido o mérito percutido”.³⁶

Celso Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*³⁷ lembra que para **Chiovenda** as expressões “carência” e “improcedência” da ação são equivalentes. “Se o juiz conclui que o autor não tem direito de ação, tanto faz que a conclusão decorra da falta de legitimidade, da falta de interesse, ou de não existir a vontade concreta da lei alegada pelo autor; em qualquer desses casos, o autor carece de ação, não tem ação, vale dizer, sua ação não tem procedência, é improcedente”.

Penso que o saudoso mestre da Casa de Afonso Pena não tem razão. Ainda que doutrinariamente possa não haver diferença, trata-se de distinção feita pelo direito positivo brasileiro. A doutrina de **Liebman**, como se sabe, foi básica na configuração de nosso CPC. Já nos primeiros anos da década de 40, em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, o catedrático de **Pávia** insistia, após falar em **legitimatío ad causam** e em legítimo interesse: “Estes são, pois, os requisitos que devem preencher a lide para poder ser julgada, porque sem eles a lide está mal proposta e não oferece as garantias de uma solução justa e adequada do conflito de interesses, para cuja eliminação se invocou a autoridade da lei e a sabedoria do Poder Judiciário. Recebem o nome de condições da ação, porque são verdadeiras condições de existência da ação, requisitos cuja falta produz a *carência da ação*”.³⁸

Luiz Machado Guimarães comunga do mesmo pensamento de **Liebman**: “A carência da ação, portanto, nada tem a ver com a eventual inexistência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação), nem com a possível inexistência de algum dos requisitos, ou *pressupostos* da relação processual (hipótese de nulidade do processo). É situação que diz respeito apenas ao direito de ação e que pressupõe a autonomia deste direito.”³⁹

36. Mandado de Segurança. S. Paulo: Malheiros, 1996, p. 176.

37. Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 21.

38. S. Paulo: Saraiva, 1947.

39. Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-S. Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 96.

Como ensina **Arruda Alvim**, as condições da ação (em geral) “são requisitos de ordem processual, *intrinsecamente instrumentais* e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim *definitivo* algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, vir a poder ser julgado o mérito (a lide ou o objeto litigioso, respectivamente, principalmente na linguagem de **Carnelutti**, e, na dos alemães)”.⁴⁰

Corretíssima me parece a decisão abaixo, do Ministro Ilmar Galvão, quando compunha o STJ:

“Administrativo. Radiodifusão. Interferências de uma emissora nas transmissões de outra. Mandado de segurança visando a compelir o Ministério das Comunicações a coibir a irregularidade de interferências negadas pela autoridade e pela emissora apontada como irregular, com base em laudo de medição elaborado por técnicos indicados pelas partes em lide. Palavra final que somente poderá ser obtida por meio de perícia técnica judicial, que não comporta no rito do mandado de segurança. *Ausência de direito líquido e certo, que conduz à carência da ação*. Ressalvada à impetrante a faculdade de renovar a sua pretensão pela via ordinária” (MS nº 58-DF, DJU de 21.08.89, p. 13.321).⁴¹

Com idêntica precisão técnico-processual, o Ministro Galvão, já no STF, assim ementou, como relator designado, o MS nº 21.575-DF, publicado no DJU de 17.06.94, p. 15.707:

“Mandado de segurança. Decreto homologatório da demarcação administrativa da área indígena denominada *Guasuti*, no Estado de Mato Grosso do Sul. Alegada ilegalidade, por tratar-se de terras particulares, detidas por produtores rurais, com base em títulos de domínio que remotam a 1920.

Controvérsia cuja dilucidação implica a necessidade de apurar se, conquanto desocupadas pelos índios há cerca de 50 anos, como alegado, as terras em questão, em alguma época, teriam saído do domínio da União, circunstância sem a qual não se poderia reconhecer legitimidade à alienação que, segundo se alega, delas fez o Estado-Membro, iniciando a cadeia dominial ora exibida pelos impetrantes.

Questão insuscetível de ser dilucidada sem ampla instrução probatória, que o rito do mandado de segurança não comporta.

40. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1. S. Paulo: RT, 1990, p. 384.

41. Informa Jurídico – Base de Dados – ProLink – Versão 9-CD. Itálico do autor.

Carência da ação”.

Ainda que proferida em recurso extraordinário, a decisão abaixo ementada se acha relacionada com a questão de direito líquido e certo como condição da ação de mandado de segurança:

“*Carência de ação* decretada por *insuficiência de provas* trazidas a juízo, para caracterização do direito postulado em mandado de segurança. Não tendo sido ventilado, no acórdão recorrido, o dispositivo constitucional dado como contrariado (art. 23, II), nem estando configurada a divergência com a Súmula nº 271, prevalece o óbice previsto no art. 325, III (**in fine**) do Regimento Interno.

Recurso extraordinário de que não se conhece” (RE nº 110.656-SP, Min. Octávio Gallotti, DJU de 10.10.86, p. 18.935).

Fiel à “corrente processualista” do direito líquido e certo, assim ementei o MS nº 195-DF, julgado na 1ª Seção do STJ em 31.10.89, e publicado no DJU de 19.02.90, p. 1.395:

“Mandado de segurança. Dispensa sem motivação de empregado concursado. Razões políticas. Falta de *direito líquido e certo*. Ressalva das vias ordinárias.

I - A impetração é contra ato que indeferiu a reintegração do impetrante, empregado publicamente concursado, dispensado há mais de oito anos. Assim, não se pode falar em *decadência*.

II - O mandado de segurança, embora seja uma ação, exige uma *condição especial*: a do *direito líquido e certo*. Dessarte, quem não consegue provar documentalmente aquilo que afirma não tem como se prevalecer da via eleita. Nos autos não há prova de que o impetrante tenha sido dispensado por razões ideológicas. Ao contrário, há indícios de que o motivo da dispensa tenha sido outro.

III - *Carência da ação por falta de direito líquido e certo*. Ressalva das vias ordinárias, onde a dilação probatória é a mais ampla possível.”

Quando integrante da 3ª Seção do STJ, elaborei, como relator designado, a seguinte ementa:

“Administrativo. Mandado de segurança. Imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas. Cadastramento para efeito de compra. Segurança concedida.

I - Dez são os impetrantes. Vindicam o cadastramento de imóveis funcionais por eles ocupados. A Seção tem jurisprudência firmada no sentido de que o servidor civil de imóvel administrado pelas Forças Armadas tem direito ao cadastramento para efeito de compra. No caso concreto, só quatro dos impetrantes satisfazem às exigências materiais e processuais.

II - Segurança concedida quanto aos quatro primeiros. Quanto aos demais, três são carecedores da ação de segurança por falta de *direito líquido e certo* (fatos controversos) e três não têm direito ou por serem militares ou por não terem demonstrado a regularidade ocupacional.” (MS nº 2.477-DF, DJU de 27.09.93, p. 19.772).

Celso Barbi, sem dúvida alguma o maior paladino do *direito líquido e certo* como *condição especial* da ação de mandado de segurança, após considerações sobre a conceituação de **Costa Manso**, diz: “Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente *processual*, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no *processo*. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”.⁴²

A respeito do direito líquido e certo, como requisito puramente processual, sublinha **Seabra Fagundes**: “Assim, ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões da *informação* da autoridade impetrada”.⁴³

Hely Lopes Meirelles, embora não tenha sido muito claro no início de sua conceituação de *direito líquido e certo*⁴⁴, acrescenta que “em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de mandado de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo à precisão e comprovação do *direito* quando deveria aludir à precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito”.⁴⁵

42. Do Mandado... pp. 61 e seg.

43. Ob. cit., p. 279.

44. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas Data**, 15ª ed. atualizada por **Arnoldo Wald**. Malheiros, p. 25.

45. Ob. cit., p. 26.

Ovídio A. Baptista da Silva, que defende convictamente a categoria das ações mandamentais⁴⁶, sintetiza seu pensamento quanto à expressão “direito líquido e certo”: “A regra, portanto, é a seguinte: estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, a maior ou menor complexidade da *quaestio iuris*, é irrelevante para descaracterizar a “certeza” do direito. Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito”.⁴⁷ No mesmo diapasão é o ensinamento de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que lembra **Lopes da Costa**, quando esse último fala em “processo documental” do direito alemão.⁴⁸ O Livro V da ZPO alemã (§§ 592 a 605a), é certo, cuida do “Processo documental e cambiário” (Urkunden-und Wechselprozess). Tal ação (Klage) é admitida quando se tem a pretensão (Anspruch) de receber dinheiro ou coisa fungível. Os documentos devem acompanhar a petição inicial.⁴⁹

Outro não é o entendimento de **Ernane Fidélis dos Santos**: “O sentido de liquidez e certeza do direito defendido é processual e não material, mesmo porque, embora entendendo-se que o autor tenha direito à ação, onde se requer segurança, a sentença poderá afirmar que o direito não exista. Direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas, ou quando muito somente da documentação incontestada, onde se

46. Dificuldade maior está na conceituação da “natureza jurídica” do mandado de segurança. Seria ação de cognição? Executiva? Cautelar? Chegou-se mesmo a criar uma quarta modalidade: ação mandamental. **Pontes de Miranda** e **Lopes da Costa** se utilizaram à larga dessa denominação de **G. Kuttner**, em seu *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, divulgada sobretudo por **James Goldschmidt**, quando esse último afirmava que “ação de mandamento se encaminha a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” (*Derecho Procesal*. Trad. de Leonardo Castro Prieto. Labor: 1936, p. 115). Sobre a terminologia kuttneriana, diz **Milton Flaks**: “No conceito clássico de **Kuttner**, ações mandamentais seriam aquelas em que o juiz, sem resolver a relação de direito existente no fundo do litígio, ordena a outro órgão do Estado que pratique ou omita um ato de seu ofício, a pedido da parte vencedora. A teoria sofreu críticas por não terem tais ações um conteúdo diferente das outras demandas, distinguindo-se, tão-somente, por um efeito específico. Desse modo, o mandado de segurança não se ajustaria, perfeitamente, à definição de **Kuttner**, uma vez que o juiz não se abstém de solucionar o conflito básico existente entre o impetrante e a autoridade” (ob. cit., p. 26).

47. Curso de Processo Civil, II v. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 274.

48. Mandado de Segurança: uma Visão de Conjunto (Mandados de Segurança e de Injunção. Saraiva, 1990, p. 110).

49. “Ação ou a petição preparatória se devem fazer acompanhar dos documentos, no original ou em cópia” (*Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage oder einem vorbereitenden Schriftsatz beigefügt werden* (§ 593, 2).

resume e se esgota toda a indagação probatória do fato. Se a questão depender de outras provas, as vias ordinárias são o caminho específico”.⁵⁰

O Prof. **Celso Ribeiro Bastos** também comunga do entendimento de que o *direito líquido e certo* tem natureza puramente processual: “De todo o exposto resultam diversas conclusões. Em primeiro lugar, direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Conseqüentemente, direito líquido e certo é **conditio sine qua non** do conhecimento do mandado de segurança, mas não é **conditio per quam** para a concessão da providência judicial”.⁵¹

Em artigo doutrinário, o Ministro Carlos Mário Velloso endossa o “conceito processual” do mandado de segurança, uma vez que se reporta a lições de **Celso Barbi, Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira**.⁵² Quando ministro do STJ, de modo coerente, considerou o “direito líquido e certo” conexionado com os “fatos” (provados). É o que se infere da ementa seguinte:

“Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*.

I - *Direito líquido e certo*, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos. *Incontroversos estes*, é possível o ajuizamento do *writ*, porque ao juiz será possível o ajuizamento completar a relação fato-direito positivo de que pode resultar o direito subjetivo. Qualquer direito subjetivo, público ou privado, desde que líquido e certo, pode ser defendido por meio do mandado de segurança.

II - Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no MS nº 124-DF, DJU de 06.08.90, p. 7.311).

A jurisprudência do STJ, de um modo predominante, tem ligado o “direito líquido e certo” à “prova pré-constituída”. Contudo, como se verá das ementas abaixo selecionadas, não há maior preocupação em tomar o direito líquido e certo como condição especial da ação. Daí falar-se em “indeferir”, “denegar” ou até mesmo – como se se tratasse de recurso – em “não conhecer” do *writ*:

50. Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. 3. Saraiva: 1994, p. 169.

51. Comentários à Constituição do Brasil, 2. v. Saraiva: 1989, p. 331.

52. “O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina **Celso Barbi**, lição que é também, de **Lopes da Costa** e **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, é processual” (Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988. Artigo doutrinário publicado na coletânea organizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira (Mandados de Segurança e de Injunção, cit., p. 81).

“Mandado de segurança. *Fato incontroverso*. O mandado de segurança, porque exige demonstração de *direito líquido e certo*, requer fato incontroverso, insusceptível de dilação probatória” (MS nº 505-DF, Min. Nilson Naves (relator designado), DJU de 17.12.90, p. 14.334).

“Mandado de segurança. Fatos controvertidos. Ausência de *direito líquido e certo*. Não conhecimento do *writ*.” (MS nº 259-DF, Min. Américo Luz (relator designado), DJU de 21.05.90, p. 4.420).

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*.

No mandado de segurança, considerado o procedimento especial, a *prova deve ser preconstituída*.

Denega-se o **mandamus** quando o fato descrito na causa-de-pedir não se mostra isento de dúvida” (RMS nº 514-RJ, Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 17.12.90, p. 15.349).

“Processo Civil. Mandado de segurança. Processo Civil.

Fundando-se o mandado de segurança em *direito líquido e certo*, que pressupõe incidência de regra jurídica sobre *fatos incontroversos*, não se defere o *writ* quando a alegação se apresenta órfã de prova” (RMS nº 528-BA, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 29.10.90, p. 12.147).

“Ação de nunciação de obra nova. Embargo liminar. Pedido de prosseguimento da obra, mediante caução, cuja apreciação se remeteu para após realização de perícia. Mandado de segurança. Inexistência de *direito líquido e certo* do recorrente, já que existem *dúvidas* fundadas sobre *matéria de fato*, notadamente em vista do que dispõe o artigo 940, § 2º, do Código de Processo Civil” (RMS nº 641-RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 18.03.91, p. 2.798).

“Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. Ausência. Impossível a concessão de segurança, havendo fatos *controvertidos*. Recurso ordinário improvido” (RMS nº 713-SP, Min. Cláudio Santos, DJU de 11.03.91, p. 2.391).

“Mandado de segurança. Prova do *direito líquido e certo*.

Por sua natureza, nas ações de mandado de segurança, com a inicial deve o impetrante fazer *prova indiscutível*, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções. Re-

curso conhecido mas desprovido” (RMS nº 929-SE, Min. José de Jesus, DJU de 24.06.91, p. 8.623).

“Processual Civil. Mandado de segurança. Pressupostos constitucionais. Produção de prova. Inexistindo *direito líquido e certo* a ser protegido e não sendo o mandado de segurança a via adequada à *realização ou discussão de prova*, há que ser denegada a ordem. Recurso conhecido, mas improvido.” (RMS nº 965-SP, Min. Peçanha Martins, DJU de 26.08.91, p. 11.383).

“Mandado de segurança. Ato administrativo. Ilegalidade. *Cotejo de provas. Procedimento incompatível com a natureza da ação.*

No mandado de segurança é imprescindível a demonstração de prova preconstituída, pois o direito líquido e certo pressupõe fatos indubitáveis, comprovado de plano” (RMS nº 202-PA, Min. Hélio Mosimann, RSTJ, v. 27, p. 140).

“Tributário. Débito fiscal. Prescrição. Mandado de segurança. Decadência.

O presente mandado de segurança foi distribuído um ano depois da ciência do ato impugnado, consumou-se a decadência. Mesmo assim o caso não abriga *direito líquido e certo*, existindo controvérsia sobre as *questões de fato* e na via de mandado de segurança a prova é preconstituída” (MS nº 1.481-DF, Min. Garcia Vieira, DJU de 03.08.92, p. 11.234).

“Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Sistema Financeiro da Habitação. Plano de equivalência salarial. Reajuste de prestações.

1. O mandado de segurança pressupõe *prova preconstituída* da *situação fática* incontroversa, em face da qual se pede a aplicação do direito objetivo.
2. Recurso improvido (Súmula nº 7 do STJ).” (REsp nº 20.227-PE, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.12.92, p. 23.291).

“Constitucional e Administrativo. Aposentados. Extensão dos benefícios concedidos ao pessoal em atividade.

O § 4º do art. 40 da Constituição Federal é auto-aplicável, pelo que devem ser estendidos aos inativos os benefícios concedidos aos paradigmas em atividade.

O *direito líquido e certo* que se busca atendimento em mandado de segurança há de ser demonstrado de plano, visto que essa estrita via processual não comporta *dilação probatória*.

Mandado de segurança não conhecido ressaltando-se aos impetrantes as vias ordinárias” (MS nº 1.761-DF, Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 28.02.94, p. 2.849).

“Mandado de segurança contra ato judicial. Fraude de execução reconhecida. Decisão proferida pela autoridade impetrada, que, ao abrigo da lei, não ofende *direito líquido e certo* da impetrante. São insuscetíveis de apreciação na via estreita do mandado de segurança *atos controversos, dependentes de prova*. Recurso ordinário improvido” (RMS nº 2.987-AM, Min. Barros Monteiro, DJU de 05.09.94, p. 23.106).

Em suma, dentro da melhor corrente doutrinária e jurisprudencial, o direito líquido e certo é *condição da ação do mandado de segurança*. Nada tem com o mérito. Quem não prova com a inicial o que diz, não tem direito líquido e certo. Deve ser, então, julgado carecedor da ação de segurança.

Bibliografia

- Arquivo Judiciário*, v. XLI. Rio de Janeiro: O Jornal do Commercio de 05.01.37.
Dicionário Aurélio Eletrônico
Informa jurídico – versão 6. Prolink
Informa jurídico – versão 9. Prolink
Multimedia Encyclopedia. Microsoft Corporation: 1992.
Encarta
Zivilprozessordnung... 12. Ed. München: C.H. Beck (DTV)
Araújo Castro. A Nova Constituição Brasileira. Freitas Bastos: 1936.
Arruda Alvim. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1º. S. Paulo: RT, 1990.
Barbi, Celso Agrícola. Comentários ao Cód. Proc. Civil, v. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
Barbi, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
Bastos, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 2 v. Saraiva: 1989.
Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. por Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
Buzaid, Alfredo. Do Mandado de Segurança, v. 1. Saraiva: 1989.
Cappelletti, Mauro. *General Report in Le Contrôle Juridictionnel des lois – Légimité, Effectivité et. Développements récents*. Col. Organizada por Favoreau, L. e Jolowicz, J.A. Paris: Economica, 1986.

- Carvalho Santos, J.M.** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, V. III. Rio de Janeiro: Borsoi.
- Castro Nunes, J. de.** Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Actos do Poder Público. Livraria Acadêmica, 1937.
- Cavalcanti, Themístocles Brandão.** A Constituição Federal Comentada, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1949.
- Costa, Edgard.** Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. 1 v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.
- De Plácido e Silva.** Vocabulário Jurídico, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- Direito, Carlos Alberto Menezes.** Manual do Mandado de Segurança, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- Fazzalari, Elio.** *Instituzioni di Diritto Processuale*, 5ª ed. Padova: Cedam, 1989.
- Fernández Segado Francisco.** *El Sistema Constitucional Español in Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.
- Ferraz, Sérgio.** Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) – Aspectos Polêmicos. S. Paulo: Malheiros, 1992.
- Figueiredo, Lúcia Vale.** Mandado de Segurança. S. Paulo: Malheiros, 1996.
- Fix-Zamudio, Héctor.** *Ensayos Sobre El Derecho de Amparo*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993.
- Flaks, Milton.** Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- Gélard, Patrice.** Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea, in Rev. da Fac. de Direito da FMU, Ano 10, Série internacional V (jan./junho 1996).
- Goldschmidt, James.** *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Castro Prieto. Labor, 1936.
- Guimarães, Luiz Machado.** Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro/S. Paulo: Jurídica Universitária, 1969.
- Loewenstein, Karl.** *Teoría de La Constitución*. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- Marques, José Frederico.** Manual de Direito Processual Civil. 9ª ed., v. 1. Saraiva: 1982.
- Maximiliano, Carlos.** *Archivo Judicial*, v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 05.01.37.
- Maximiliano, Carlos.** Comentários à Constituição, 5ª ed., v. III. Freitas Bastos: 1954.
- Meirelles, Hely Lopes.** Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas data**, S. Paulo, Malheiros, atualizado por Arnoldo Wald.

- Miranda, Jorge.** Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Coimbra Ed., Ltda, 1988.
- Piovesan, Flávia.** Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Max Limonad, Ltda, 1996.
- Santos, Ernane Fidélis dos.** Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. 3. Saraiva: 1994.
- Santos, Moacyr Amaral.** Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 5ª ed., 1º v., Saraiva: 1977.
- Schlesinger, Jr., Arthur.** *La Era de Roosevelt – La Política del Cataclismo.* Trad. espanhola por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968.
- Seabra Fagundes, M.** O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Silva, Hélio.** As Constituições do Brasil. R. Globo: 1985.
- Silva, Ovídio A. Baptista da.** Curso de Processo Civil, II v. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.
- Teixeira, Sálvio de Figueiredo.** Mandado de Segurança: Uma Visão de Conjunto *in* Mandado de Segurança e de Injunção. Saraiva: 1990.
- Theodoro Jr., Humberto.** Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado.** A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos *in* Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, Número 182. Brasília: 1993.
- Velloso, Carlos Mário da Silva.** Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988 *in* Mandados de Segurança e de Injunção, Obra Coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: 1990.
- Viera, Luis Alberto.** *Ley de Amparo*, 2ª ed. Montevideo: Idea, 1993.

Responsabilidade Política e Social dos Juizes nas Democracias Modernas

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

O tema que me foi proposto pelos organizadores do “*V Congreso Internacional de Derecho de Daños*”, a celebrar-se em 24 e 25 de abril de 1997, na Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires, sobre “*La responsabilidad politica y social de los jueces en las democracias modernas*”, apresenta uma dificuldade inicial, quanto à definição do conteúdo a ser abordado. Para superá-la, adotei uma classificação diferente daquela empregada por **Mauro Cappelletti**, em “*Giudici Irresponsabili?*”, incluindo na responsabilidade jurídica, que é o gênero, ao lado da penal, da disciplinar e da civil, também a responsabilidade política, pois esta última está igualmente prevista em normas jurídicas, constitucionais e ordinárias, reguladoras dos casos de sua incidência e do procedimento para sua apuração e julgamento, sendo que a sentença de procedência aplicará uma sanção legal como consequência jurídica prevista para o caso. Essa responsabilidade política, pela raridade da sua apuração, não tem apresentado maior interesse para os juristas, embora o seu estudo deva ser aprofundado para estimular, pelo menos, o aperfeiçoamento da instituição. Separada está a responsabilidade social do juiz, que surge diretamente frente à sociedade e que não se insere no esquema jurídico por falta de regulação legal para a sua apuração e aplicação de sanção, mas que assume cada vez maior importância no estado democrático.

Proponho-me a examinar a responsabilidade política assim como regulada no Brasil e a estudar o tema da responsabilidade social à luz dos conceitos sobre a natureza da função judicial e do estado democrático.

Classificação das responsabilidades

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da respon-

sabilidade.¹ No que diz com a responsabilidade dos que exercem função pública, “desde que se não admita a irresponsabilidade outrora consagrada nas antigas monarquias, quando os grandes servidores eram antes ministros da coroa que do país, e apenas perante o rei respondiam; desde que o povo passou a ter existência política, a disciplina da responsabilidade do governo converteu-se num dos problemas básicos da organização estatal, não tendo faltado mesmo quem visse na possibilidade de aplicar-se aos governantes o princípio da responsabilidade, o traço distintivo do Estado moderno”.²

A responsabilidade jurídica – sob o aspecto que nos interessa – consiste na atribuição de uma sanção legal pela existência de fato causador de dano juridicamente apreciável. Essa sanção, conseqüência prevista no ordenamento legal para o caso, pode ser de natureza retributiva, isto é, penal, aplicada, principalmente como castigo pelo cometimento de ato típico penal com os demais elementos caracterizadores do delito e com os requisitos para a imposição dessa espécie de resposta (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, pressupostos da punibilidade); disciplinar, restrita ao âmbito administrativo, por violação a deveres para com o Estado, aplicada sem necessidade da interferência da jurisdição e sem os efeitos que podem resultar da sentença penal condenatória (reincidência); civil, aplicada com o intuito da reparação do dano, e política, cuja sanção principal consiste na perda do cargo, havendo em algumas legislações, como no Brasil, a possibilidade da pena de interdição, por um certo tempo, do exercício de outra função pública.

Cappelletti, ao propor uma tipologia da responsabilidade judicial, faz a seguinte distinção: responsabilidade política, em face dos poderes políticos do Estado, prevista na legislação ordinária ou na Constituição (o *impeachment* da Inglaterra, EEUU e Alemanha); a responsabilidade social, perante organismos ou grupos sociais determinados, de que é exemplo o *recall*, previsto em alguns Estados americanos, e como acontecia na União Soviética, onde os soviets, para os juízes dos tribunais superiores, ou as coletividades locais votavam a remoção do juiz que infringira dever profissional; a responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva), exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz; a responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser penal, civil ou disciplinar³.

1. **Aguiar Dias**, Da Responsabilidade Civil, Forense, Rio, p. 9.

2. **Paulo Brossard de Souza Pinto**, O *Impeachment*. Ed. Globo, Porto Alegre, 1965, p. 10.

3. **Op. cit.**, trad. de Carlos Alberto A. Oliveira, Ed. Fabris, Porto Alegre, 1989, pp. 36 e seguintes; Quanto à Rússia, observo que, atualmente, já não é mais assim; a Constituição da Federação Russa, de 12.12.93, dispõe: “Art. 121. Os juízes não podem ser removidos. Art. 122. Um juiz não pode ter seus poderes retirados ou suspensos, exceto segundo os procedimentos e pelos motivos estabelecidos pela lei federal”.

Deixei de adotar a classificação exposta pelo eminente professor porque a responsabilidade política é uma espécie do gênero responsabilidade jurídica, pois o procedimento do *impeachment*, o julgamento da acusação e o efeito que decorre do juízo de sua procedência são todos atos jurídicos, assim entendidos aqueles que estão regulados em uma norma dotada de coação, cujo descumprimento permite a imposição da consequência prevista, segundo um conceito formal do jurídico⁴, que se aceita para o caso. Além disso, a responsabilidade social de que dá exemplos é uma forma de responsabilidade política e, portanto, jurídica.

Da responsabilidade civil do juiz tratei no artigo “Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional”⁵, cumprindo agora examinar os casos de responsabilidade política e de responsabilidade social.

Responsabilidade política

A responsabilidade política, acima definida como espécie de responsabilidade jurídica, distingue-se das demais porque a sua única finalidade se esgota com o afastamento do juiz do exercício da função e a perda do cargo (também sob o nome de remoção), com possibilidade de ser prevista a pena acessória de inabilitação para o exercício da função pública por um certo tempo. Além disso, esse tipo de responsabilidade se caracteriza porque não se baseia, “pelo menos de forma principal, na violação de deveres jurídicos, mas sobretudo em comportamentos (inclusive comportamentos de natureza privada, fora da atividade jurisdicional) valorizados com base em critérios políticos”⁶, isso porque, no processo que lhe corresponde, “as infrações são apreciadas e julgadas em relação à conduta geral da autoridade”⁷. O procedimento é especial, o julgamento ocorre normalmente perante um órgão político, e a pena aplicada é política.

Na Inglaterra, os juizes podem ser acusados pela Câmara dos Comuns perante a Câmara dos Lordes, removidos pela Rainha, a pedido das duas Casas do Parlamento, em se tratando de tribunais superiores, ou a pedido do Lord Chanceler. Nos EEUU, além do *impeachment* dos juizes federais, previsto na Constituição para os casos de traição, corrupção ou outros graves delitos

4. **Norberto Bobbio**, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1965, pp. 18 e seguintes.

5. *Los Nuevos Daños*, Coordenador: Carlos A. Ghersi Hammurabi, 1995, Buenos Aires, p. 251; Rev. *Ajuris*, 1993, Porto Alegre, v. 59, p. 5.

6. **Cappelletti**, *op. cit.*, pp. 36/37.

7. **Paulo Brossard**, *op. cit.*, p. 135.

(art. II, Secção 4), com acusação pela Câmara dos Deputados e julgamento pelo Senado, há em alguns Estados a possibilidade de afastamento dos juízes estaduais eleitos através do *recall*, que é uma manifestação popular a pedido de um certo número de eleitores visando à remoção do juiz (ou de outros representantes eleitos) antes do término do seu mandato. Na Alemanha, dispõe o art. 98, inc. II, da Constituição Federal: “Quando um juiz federal, dentro ou fora da sua função, infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Federal Constitucional, por solicitação do Parlamento Federal, poderá ordenar, com uma maioria de dois terços, que o juiz seja transferido para outro cargo ou aposentado. No caso de infração premeditada, pode ser ordenada a sua demissão.”

Na Argentina, o art. 53 da Constituição da Nação, com a redação dada pela reforma de 1994, atribui à Câmara dos Deputados o direito de acusar ante o Senado os membros da Corte Suprema, nas causas de responsabilidade pelo mau desempenho ou por delito no exercício de suas funções. Com isso, ficou excluída a referência constante do anterior art. 45, que também mencionava os membros dos tribunais inferiores da Nação e os submetia ao mesmo foro; estes têm agora sua responsabilidade prevista no art. 115, pelas causas enumeradas no art. 53, com acusação formulada pelo Conselho da Magistratura, que decide sobre a abertura do procedimento de remoção e suspensão provisória, e julgamento por um júri *jurado de enjuiciamento* integrado por legisladores, magistrados e advogados de matrícula federal, na forma do que dispuser a lei sobre o Conselho da Magistratura.

A Constituição do Brasil, promulgada em 1988, assim distribuiu a competência para processar e julgar juízes por crime de responsabilidade: ao Senado Federal, os crimes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II); ao STF, os dos Ministros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, b); ao Superior Tribunal de Justiça, os dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos membros dos Tribunais Regionais Federais; aos Tribunais de Justiça dos Estados, os dos demais juízes estaduais, que são os juízes dos Tribunais de Alçada, onde houver, e os juízes de direito (art. 96, III).

A expressão “crime de responsabilidade” entrou para a Constituição sem exato conceito técnico ou científico e decorre de defeito de linguagem que se insinuou na nossa legislação no Primeiro Reinado, servindo para designar indistintamente infrações políticas, cometidas por autoridades políticas, e infrações funcionais (crimes comuns) praticadas por funcionários públicos⁸. Por isso, conclui o eminente professor e jurista, “se aos crimes de responsabilidade

8. Paulo Brossard, *op. cit.*, pp. 62/63.

de, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse a denominação de infrações políticas, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas”⁹.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade (leia-se: crimes políticos) e regula o respectivo processo de julgamento, depois de definir os praticados pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, com o respectivo procedimento, contém a seguinte disposição:

“Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1. alterar por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2. proferir julgamento quando, por lei, seja suspeito na causa; 3. exercer atividade político-partidária; 4. ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5. proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções.”

É permitido a todo cidadão denunciar, perante o Senado Federal, o Ministro do Supremo Tribunal incurso em uma das hipóteses acima enumeradas, desde que não tenha deixado definitivamente o cargo (arts. 41 e 42). Essa limitação decorre da consideração de que, sendo objetivo do processo de responsabilidade política apenas o afastamento do acusado do exercício das funções do seu cargo, a ocorrência daquele fato precedente impede a instauração do processo e extingue o já iniciado, por falta de interesse. A denúncia será processada, inicialmente, perante uma comissão especial; decidindo o Senado pela procedência da acusação, o denunciado ficará suspenso de suas funções, sujeitar-se-á à acusação criminal e sofrerá redução de um terço dos seus vencimentos, até sentença final; depois disso, oportunizado o oferecimento de libelo e da contrariedade, o feito será julgado pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo aplicada a pena pelo voto favorável de dois terços dos senadores, em votação nominal. Não há notícia de que tenha sido admitido, por comissão especial, o processamento de denúncia contra ministro do STF.

A mesma Constituição da República, no art. 95, I, garante a todos os juízes a vitaliciedade, fazendo depender a perda do cargo de sentença judicial transitada em julgado. Essa exigência de ‘sentença judicial’ não se aplica quando se cuida de responsabilidade política dos Ministros do Supremo Tribunal, pois para esse caso a sentença é proferida pelo Senado Federal.

9. *Op. cit.*, p. 64.

A lei ordinária não versa sobre a responsabilidade política dos demais magistrados, embora tenha a Constituição da República se preocupado em distribuir a competência entre diversos Tribunais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça), para o julgamento desses crimes. Assim, apenas para a responsabilização política dos Ministros da Corte Suprema existe regulamentação legal.

Nessas circunstâncias, poder-se-ia cogitar da possibilidade de apurar a responsabilidade política dos magistrados de todos os níveis, uma vez que está fixada a competência do órgão julgador, podendo ser feita a aplicação analógica quanto ao mais, no que concerne aos procedimentos e à definição das condutas ilícitas. Isso porque, sendo inconfundível a responsabilidade política com a criminal, não se aplicaria àquela o princípio basilar do Direito Penal, **nullum crimen, nulla poena sine lege**, a exigir a prévia definição legal do ilícito como condição para a caracterização da conduta criminosa e aplicação da pena. Tal não tem sido admitido, porém, à falta de lei dispendo expressamente sobre a instauração de processo por crime político de outros magistrados que não os referidos na Lei nº 1.079/50¹⁰. É certo que o crime político, pela sua própria natureza, pode ser e tem sido definido em termos amplos, pois basicamente consiste em conduta incompatível com o exercício da função, comportamento que será visto e valorizado no contexto na totalidade das circunstâncias profissionais, funcionais e políticas existentes no momento do julgamento. Basta trazer – como exemplos – a regra do art. 53 da Constituição da Nação Argentina, que permite o ajuizamento de causa de responsabilidade pelo “mau desempenho” da função judicial; o princípio da responsabilidade política do juiz inglês por “incapacidade ou conduta inidônea”; o preceito da Constituição americana, que permite o afastamento “por traição, corrupção ou outros graves delitos” (art. II, Sec. 4), e da regra do Direito alemão, sobre a violação a princípio da Lei Fundamental (art. 98, II). A dificuldade, porém, não reside exclusivamente na necessidade de superação do princípio **nullum crimen sine lege**, uma vez que poderia incidir, por analogia, o disposto no art. 39 da Lei nº 1.079/50, pois razoavelmente há de se admitir aplicáveis a todos os juízes as hipóteses de má conduta ali definidas, porquanto a nenhum se permite alterar indevidamente voto ou sentença, proferir julgamento com parcialidade, praticar a política partidária ou proceder com indignidade e falta de decoro. Ainda que se aceite a suficiência da definição da conduta passível de

10. STF – Queixa-Crime nº 332/DF, 1988; Pleno, rel. Min. Francisco Rezek; STJ – Representação nº 8/GO, 1990, Corte Especial, rel. Min. Gueiros Leite.

sanção política, com aplicação extensiva do enunciado na Lei nº 1.079/50, e indicado na Constituição o órgão competente para o julgamento, a verdade é que há um vazio legislativo, seja por falta de autorização do legislador ordinário para a instauração de outros processos de *impeachment* que não aqueles referidos na Lei nº 1.079/50, seja porque continua faltando, para o caso dos demais juízes, a regulação do processo, matéria da competência legislativa da União, a qual deve dispor sobre a legitimação ativa, fases do processo, etc. Os tribunais, é certo, têm competência para elaborar seus regimentos internos, mas “com observância das normas de processo” (art. 96, I, a, da Constituição), que no caso inexistem. Para o *impeachment* do Presidente da República, a Carta de 1988 enumerou sete hipóteses de atentados à Constituição (contra a existência da União; o livre exercício dos Poderes; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais) e concluiu, no parágrafo único do art. 85: “Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. Ora, se para a apuração da responsabilidade do Presidente da República está prevista legislação ordinária reguladora de processo e julgamento, com igual razão há de ser feita a mesma exigência para a responsabilização política das outras autoridades, sendo certo que somente aos Ministros do STF dedicou a lei ordinária sua atenção.

É preciso reconhecer, portanto, de um lado, a inoperância da lei para o caso da responsabilidade política dos ministros do Supremo Tribunal Federal, jamais aplicada, e, de outro, a existência de um vazio legislativo em relação aos demais juízes. O primeiro dado não impressiona, pois bem pode acontecer que baste a existência de tal procedimento, sem que jamais tenha a necessidade de ser aplicado; o segundo defeito, todavia, é grave, vez que o ordenamento jurídico do país deveria contar com a estruturação legal de um instituto que, apesar de sua escassa incidência, pode ser decisivo em certas circunstâncias, como mostra a nossa recente história política.

O art. 95, I, última parte da Constituição de 1988, dispõe que o juiz vitalício somente perderá o cargo por efeito de sentença judicial transitada em julgado: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado”. Nos termos do art. 47, inc. I, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35, de 14.03.79), a pena de demissão dos magistrados vitalícios será imposta em ação penal por crime comum ou de responsabilidade.

Este é na verdade o crime funcional, que pode ser cometido por funcionário em geral contra a administração pública, previsto no Código Penal e em leis extravagantes, sendo exemplo o peculato e a corrupção passiva (arts. 312 e 317), ou o crime previsto no art. 2º da Lei nº 5.021, de 09.06.66, que submete às penas do art. 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas públicas) o juiz que indevidamente ordenar a execução de pagamento de vantagens a funcionários públicos. Ao condenado a pena privativa da liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever (crime funcional), ou a quatro anos, nos demais casos (crime comum), pode ser imposta a perda do cargo, como efeito de sentença (art. 92, I, do Código Penal). O disposto no inc. II do art. 26 da Loman, que permitia a perda do cargo através de procedimento administrativo está hoje revogado pelo art. 95, I, última parte da Constituição.

Afora o disposto na Lei nº 1.079/50, a hipótese que mais se aproximou da sanção política aos magistrados estava prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no Capítulo IV, que instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, depois revogado pelo texto constitucional de 1988, e que previa a possibilidade de aposentadoria, com vencimentos proporcionais, para o juiz vitalício, e de demissão, para o não vitalício, quando manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho (arts. 47, II, e 56 da Loman). Extinto o Conselho, cujas atribuições não foram transferidas a outro órgão, e posta a sentença judicial como requisito para a perda da vitaliciedade, desapareceu a possibilidade da aplicação dessas sanções.

Também pode ser obtida sentença de perda do cargo (art. 95 da Constituição) através de ação ordinária cível, instaurada a pedido do tribunal a que estiver vinculado o juiz, nos casos de incompatibilidade para o exercício da função enumerados no artigo 95, parágrafo único (exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; recebimento de custas ou participação em processo; dedicação à atividade político-partidária). Essa ação ordinária em muito se aproxima da responsabilização política, pois tem por fundamento conduta incompatível com o exercício da função e, por objetivo, a obtenção de sentença que decreta a perda do cargo do juiz. Diferentemente, porém, não se encontra na competência originária dos Tribunais, devendo ser processada desde a primeira instância, seguindo a tramitação prevista no ordenamento processual civil, sem a especificidade do procedimento do *impeachment*, e com os recursos ordinários e extraordinários naquele permitidos. Sendo uma manifestação jurisdicional e não política, embora constitua mais um ato de defe-

sa do Estado do que propriamente uma pena aplicada ao processado, não admite a discricção ampla do julgamento político.

Em resumo: a Lei nº 1.079/50 define os crimes políticos (denominando-os de crimes de responsabilidade) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; inexistente, para os demais, norma sistematizadora da responsabilidade política, que não tem sido apurada; a perda do cargo do juiz vitalício pode ser imposta como efeito de sentença criminal, por crime funcional ou comum (art. 92, I, do Código Penal), ou em processo civil, instaurado para apurar os casos de incompatibilidade para o exercício da função (art. 95, I, e parágrafo único da CF); extinto o Conselho Nacional da Magistratura e exigida a sentença como pressuposto para a perda do cargo, ficou sem aplicação a regra que permitia aplicar administrativamente a pena de aposentadoria ou de demissão por procedimento incompatível (arts. 47, II, e 56 da Lei Orgânica da Magistratura).

Passo a examinar o tema da subordinação do juiz ao estado democrático.

O juiz responde perante a sociedade pelo exercício da sua função, que é, como as demais funções do Estado, meio de realização dos valores fundamentais por ela consagrados. No estado democrático, o juiz assume o compromisso de exercer o poder estatal de acordo com os princípios orientadores do ordenamento jurídico que o investiu no cargo e de onde lhe advém a força da decisão. Do descumprimento desse dever podem derivar duas espécies de responsabilidade, a responsabilidade jurídica, com possibilidade de perda do cargo se infringir princípio constitucional, como está previsto na Constituição da República Federal da Alemanha, e a responsabilidade social, que é de ordem ética.

Há quem sugira incluir, no conceito de responsabilidade política, também a responsabilidade social do juiz, como o faz **Frederico Carpi**: “Pode-se falar de responsabilidade do juiz ante a opinião pública, e portanto de uma responsabilidade política *lato sensu* dos sujeitos que exercem uma das funções fundamentais do Estado”¹¹. Isso, porém, não pode ser aceito porque a responsabilidade política de que antes tratamos é de natureza jurídica, acarretando as conseqüências previstas no sistema, enquanto que a responsabilidade social está destituída dessa eficácia.

Diz-se responsabilidade política porque permite juízo discricionário sobre a conveniência ou não da permanência no cargo do denunciado, em julgamento proferido comumente por órgão político, mas não porque se lhe exija um certo comportamento político, ou que suas decisões devam ter conteúdo político determinado, a favor ou contra políticas de governo, de partidos ou de

11. A Responsabilidade do Juiz, Revista de Processo, nº 78, p. 123.

grupos. A responsabilidade política, compreendida nesse último sentido, a implicar a possibilidade de se impor ao juiz a perda da liberdade decisória, sob pena de sanção jurídica, é própria dos estados autoritários: “*El juez está exento de responsabilidad politica directa. Cuando a los jueces se exige responsabilidad politica está en abierto período revolucionario y cuando el juez actúa políticamente se está en período dictatorial*”¹². Situação assim estava claramente presente no estado fascista, quando o Ministro Alfredo Rocco, com um jogo de palavras, afirmava: “*La magistratura non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista*”¹³. Quer dizer, o juiz italiano podia ser livre para tomar qualquer decisão, desde que não fosse contra o governo, o que significava que não era livre. Lembra a resposta dada por Henry Ford aos que pretendiam introduzir novas cores na pintura dos automóveis: podia ser qualquer uma, desde que preta; ou, ainda, a explicação de um Ministro da Educação do Brasil, no período discricionário: existia a liberdade de ensino e todas as teorias poderiam ser estudadas na Universidade; as contrárias ao Governo, porém, apenas para serem criticadas.

No estado constitucional democrático, o juiz está subordinado diretamente à constituição do seu país. Nos ordenamentos onde estiver prevista a sua responsabilidade jurídica, por descumprir os princípios constitucionais, poderá sofrer as conseqüências previstas. A subordinação do juiz ao estado democrático, porém, não pode ser causa da perda da sua liberdade decisória, pois se fosse assim teríamos na democracia a mesma perda de liberdade encontrada nos estados totalitários, onde o juiz pode ser afastado de suas funções através de um julgamento de conteúdo ideológico, sobre o que seja a melhor ou a ‘única correta’ interpretação da norma constitucional. Se isso fosse possível, alguém julgaria a sentença sob uma perspectiva política e poderia punir o juiz que desatendesse à orientação de quem faz a avaliação. Por isso, a responsabilidade do juiz perante a sociedade democrática, que decorre do compromisso com a preservação dos seus fundamentos, não pode atingir a sua imparcialidade, garantida pela sua independência e imunidade. O julgador deve ser imparcial, isto é, estranho e distante do interesse das partes (“o juiz é um terceiro estranho à demanda”), na frase de **Piero Calamandrei**¹⁴, julgando a causa de acordo com as suas circunstâncias, e não a prejudgando. Para

12. **Jose Almagro Nosete**, *Responsabilidad Judicial*, Ed. El Almendro, Córdoba, 1984, p. 114.

13. **Alessandro Giuliani** e **Nicola Picardi**, *La responsabilit  del giudice: dallo stato liberale allo stato fascista*, *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. 1^a, p. 650.

14. *Processo e Democrazia*, Cedam, Padova, 1954, p. 47.

que seja imparcial, além da independência institucional, caracterizada pela autonomia da magistratura frente aos outros Poderes, deve gozar de independência individual, somente submetido ao ordenamento jurídico do país. Essa independência individual põe o juiz a salvo de ordens de outros Poderes, de outros órgãos do próprio Poder Judiciário, e de grupos de pressão, tanto mais espúrios quanto menos visíveis. Impende que seja imune à pressão externa, antes de tomar a decisão, e ainda imune à reação que se segue à sentença, pelos que têm seus interesses contrariados. É irresponsável politicamente, no sentido de que não sofrerá sanção jurídica por desagradar a políticas governamentais ou de grupos de poder.

Pergunta-se: no exercício de sua função, o juiz que infringir princípio da democracia poderá sofrer responsabilização política? Sim, se prevista no ordenamento a incidência de alguma espécie de sanção jurídica, de afastamento ou de perda do cargo, por violação a princípio constitucional. Assim a matéria está especificamente prevista e regulada na Constituição da República Federal da Alemanha, que teve exemplos bem próximos a inspirar a regra. Igualmente, nos países onde a definição dos casos em que o juiz tem responsabilidade política está feita em termos imprecisos ('bom desempenho', 'comportamento incompatível', etc.). No Brasil, nada existe sobre isso, pois não consta de sua legislação a cláusula geral de responsabilização política, e a tipificação feita pela Lei nº 1.079/50 não contempla a hipótese. Antes de regular a matéria, conviria ao legislador ponderar sobre os dois valores a proteger: de um lado, o regime democrático; de outro, a independência do juiz na interpretação do Direito. Se, para garantir a democracia, tem o Estado que suprimir a liberdade dos seus juizes, já não seria um Estado democrático, pois não havendo liberdade para julgar e garantir os direitos dos cidadãos, certamente não existiria para mais nada. De outro lado, está o dever de preservação e de autodefesa do regime político. O tema não é pacífico e foi recentemente examinado por **Gregory Fox** e **Georg Nolte**, cujo ensaio "*concludes that both national and international practice favor a substantive model of democracy, which holds that the long-term survival of democratic institutions outweighs short-term deprivation of political rights to anti-democratic actors*"¹⁵. No caso dos juizes, a melhor salvaguarda da democracia contra ataques que eventualmente lhe possam endereçar seus próprios juizes é instituir, de um lado, adequado procedimento recursal para a reforma, dentro do mesmo processo, das decisões que tenham esse defeito; de outro, é sistematizar a proteção dos princípios constitucionais democráticos, enumerando claramente as situações que, avaliadas

15. *Intolerant Democracies*, *Harvard International Law Journal*, winter 1995, v. 36/n. 1, p. 1.

objetivamente e tendo em vista a gravidade dos danos concretos causados à ordem jurídica, incompatibilizem o juiz para o exercício do cargo.

Responsabilidade social

A responsabilidade social se põe diretamente entre o juiz e a sociedade como um todo, e permite um juízo ético de reprovação, fundamentado na expectativa de que ele exercerá do melhor modo possível as funções do seu cargo, tendo em vista a base democrática que anima essa sociedade. Há para o juiz o dever de atender a tal expectativa, embora a esse dever de prestação não corresponda nenhuma responsabilidade jurídica, pois o descumprimento não ensejará aplicação de sanções jurídicas.

Se o juiz exercesse mandato temporário ou eletivo, a conseqüência seria a sua não-renovação; a garantia da vitaliciedade (como acontece no Brasil) ou a de permanência no cargo durante um certo tempo (como se dá com os juízes da Corte Constitucional alemã) impedem que sofra, pela simples reprovação ética, semelhante sanção. Na carreira, porém, tal valoração poderá ter efeitos bem significativos, ainda que a causa de sua aplicação fique dissimulada, pois muito seguidamente o desempenho do juiz é avaliado através de juízos subjetivos de merecimento ou de habilitação para promoção a cargo mais elevado, designação ao exercício de funções ou escolha para a composição de certos colegiados, juízos esses emanados dos próprios órgãos do Judiciário, ou dos outros Poderes, quando a eles incumbe participar de tais atos.

A atuação do juiz é controlada pela comunidade total, porque há sempre uma tensão entre o princípio que o submete à ordem legal, o princípio que exige a realização da justiça no caso concreto, e a “*remisión de la decisión judicial, al menos en último término, a la voluntad del cuerpo social*”¹⁶. É mediante esse processo de controle que se pode aferir a “aceitabilidade do resultado”, que funciona como um critério limitador da subjetividade do juiz.

Além disso, e mais diretamente, a decisão é controlada pelos grupos interessados, ou porque vinculados de alguma maneira à demanda ou porque participantes da cena judiciária, como os advogados, juristas e professores. O Prof. **Clóvis do Couto e Silva** observou, a respeito da aplicação pelos juízes de princípios e conceitos indeterminados, que “aos juristas cabe o controle da fundamentação judicial. Inexistindo esse segundo elemento, de que resulta o equilíbrio no desenvolvimento das instituições jurídicas, é possível que impere

16. **Modesto Saavedra**, *Interpetación Judicial del Derecho y Democracia*, Ajuris, Porto Alegre, 1996, v. 68, p. 299.

o arbítrio, ou, pelo menos, a errônea concepção de ser Direito tudo o que resulta das decisões dos juízes”¹⁷.

Para que seja efetivamente exercida tal fiscalização, são importantes a publicidade e a fundamentação das decisões, meios através dos quais se efetiva o conhecimento público do ato e das razões justificadoras da escolha. A Constituição do Brasil impõe aos tribunais: a) a obrigatoriedade da motivação das decisões administrativas (art. 93, X), isto é, o tribunal, ao praticar o ato administrativo, deve indicar o fato (motivo) que, de acordo com a lei, autoriza aquela decisão; b) todos os seus julgamentos são públicos, com a consignação dos votos dissidentes (art. 93, IX, primeira parte), particularidade essa importante do sistema brasileiro e que serve para o pleno conhecimento da atividade dos tribunais; c) todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, com a indicação das razões jurídicas que, admitidas pelo sistema, levaram o juiz àquela opção decisória (art. 93, IX, segunda parte). A fundamentação se desenvolve através de argumentação mais complexa do que a exigida para a motivação: enquanto para esta basta a indicação do fato precedente, que serve de motivo à decisão, a fundamentação – além da definição do fato antecedente e das normas aplicáveis – deverá ainda conter a exposição das razões pelas quais assim foi definido o fato, escolhidas e interpretadas as normas para o encontro daquela determinada decisão. Essa fundamentação, portanto, com as características de ser racional, completa e compreensível, interessa não apenas à funcionalidade do processo, mas deve ser vista “*come garanzia, ossia come condizione necessaria per il controllo democratico diffuso sull’esercizio del potere giurisdizionale*”¹⁸.

O crescente número de demandas expande o interesse pelo resultado dos processos e isso determina o aumento do controle difuso sobre as decisões dos juízes. Diversos fatores contribuem para a intensificação da busca de uma solução judicial: em primeiro lugar, a vocação do nosso Estado, comprovada e reforçada pelo constituinte de 1988, de judicializar todos os litígios, nos níveis institucionais e individuais, de sorte que qualquer pretensão pode ser levada ao juiz, e a maioria delas somente em juízo podem ser resolvidas, ao contrário de outros países, onde intensamente são utilizadas outras vias para a solução dos conflitos; depois, o acréscimo da produção legislativa, derivado da maior ingerência do Estado na regulação das relações sociais e econômicas; a deficiência dos textos legislativos, muitos deles elaborados para atender a assuntos

17. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, Estudos de Dir. Civ. Brasil-Portugal, São Paulo, RT, 1979.

18. **Michele Taruffo**, *Il Significato Costituzionale dell’obbligo di Motivazione*, in Participação e Processo, coordenação de **Grinover, Dinamarco e Watanabe**, RT, São Paulo, 1988, pp. 37 e seguintes.

econômico-financeiros, sem obediência à melhor técnica; a ampliação do campo dos direitos subjetivos, e conseqüente aumento da possibilidade de sua violação; o fortalecimento da consciência de cidadania e de intransigência na defesa dos direitos individuais e coletivos. No Brasil, depois da Constituição de 1988, houve significativo acréscimo dos recursos que chegam aos tribunais superiores, números que se elevam continuamente, bastando referir que em 1996 chegaram no Supremo Tribunal Federal 30.000 novos processos, e no Superior Tribunal de Justiça, mais de 70.000; no Estado de São Paulo, foram ajuizadas na primeira instância mais de três milhões de ações. Essa quantidade de feitos, interessando a milhões de pessoas, em significativo percentual referem-se aos direitos públicos dos cidadãos. De outra parte, aumenta a participação da mídia na divulgação dos atos forenses, permitindo o acompanhamento do processo e o conhecimento do conteúdo das decisões, o que se alastrará pelo uso da telemática, com os bancos de dados dos principais tribunais do país, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, já colocados à disposição do público para acesso via internet, com acompanhamento da tramitação dos feitos e conhecimento do conteúdo das decisões.

A função do juiz e a lição de Dworkin

O exame do tema da responsabilidade social dos juízes está diretamente vinculado à natureza da função jurisdicional e ao conceito de democracia. Isso porque, dependendo da resposta que for dada a essas duas questões, a responsabilização ocorrerá em outros limites e por causas diversas.

A indagação é a seguinte: qual a real função exercida pelo juiz e como isso se conjuga com a sua responsabilidade social em uma democracia?

Se aceita a tese de que “*el juez de Derecho civil (em oposição ao juiz da Common Law) tiene las manos atadas: debe actuar como un simple operador de una maquinaria diseñada y construida por el legislador*” (Merryman, 1969: 37/38), *es decir, de forma altamente mecanica y a-creativa, tanto respecto de cuestiones procesales como sustantivas*¹⁹, não existiria o problema, porquanto a sentença seria simples e automática aplicação particularizada da lei ao caso concreto.

Mas não é assim, e sobre isso todos estão de acordo. Os jusnaturalistas preconizam a existência de uma lei superior ao direito positivo, este expresso nos precedentes e nas leis, devendo o juiz afastar a norma inferior quando em contraste com a lei natural; essa tarefa, embora não sendo ‘criadora’, pois ao juiz incumbe a ‘descoberta’ do direito, lhe permite avaliar as leis e os prece-

19. Jose-Juan Toharia, *El juez Español*, ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 24.

dentos, abandonando-os “... se um tal precedente é muito injusto”²⁰. Os positivistas afirmam que o juiz cria o direito ao resolver o caso concreto, cabendo admitir o fato de que no exercício de seu poder discricionário não estão os juízes ligados a nenhum *standard*, exercendo de fato seguidamente a função de legisladores, conforme está dito por **H.L.A. Hart**, o filósofo do direito positivista mais importante da geração pós-guerra: “*he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate*”²¹.

A função criadora, assim como exposta pelo positivismo mais ortodoxo, tem o defeito de deixar o juiz sem qualquer parâmetro para resolver o caso concreto, ao admitir que ele atua em um âmbito de liberdade para criar a norma individualizada. Essa a crítica que já fiz, em trabalho anterior²² à teoria pura do direito, de tanta utilidade para a compreensão científica do Direito, mas que é insuficiente para auxiliar o juiz no trabalho interpretativo, pois lhe fornece uma estrutura formal que pode ser preenchida por norma justa ou injusta, fascista ou democrática, o que não serve para orientar a aplicação judicial comprometida, no estado constitucional democrático, com a justiça e os enunciados da democracia. Além disso, fosse o juiz um criador, desligado de qualquer *standard*, muito tênue seria a sua responsabilidade social, pois não estaria vinculado a parâmetros, entre eles os decorrentes do regime democrático.

Contribuiu substancialmente para o encontro de um boa solução a tese do prof. **Ronald Dworkin**, da Universidade de Oxford, sucessor e aluno de **Hart**, mas não seu discípulo, à qual acrescento o complemento proposto por **Sheldon Leader**.

Segundo **Dworkin**, o sistema jurídico não é um sistema composto unicamente por ‘regras’ de condutas, que seriam, na versão de **Hart**, primárias (que concedem direitos ou impõem obrigações) e secundárias (que estabelecem como e por quem as regras primárias podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou anuladas), – cuja incidência sobre um fato excluiria a incidência de regra em sentido oposto, mas também integrado por ‘princípios’ e ‘políticas’. Princípio “é todo o *standard* que não seja regra, é um ‘*standard* que deve ser observado, não porque permite realizar ou atender a uma situação econômica, política ou social, julgada desejável, mas porque ele constitui uma exigência de justiça e de equidade ou de outra dimensão moral”²³. As regras ou

20. **Blackstone**, *Commentaries on the Laws of England*, 1/70.

21. **H.L.A. Hart**, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, v. 71, 1958, pp. 593 e segs.; *The concept of Law*, 1961, p. 144.

22. *Interpretação*, *Ajuris*, 1989, v. 45, p. 7.

23. **R. M. Dworkin**, *The Philosophy of the Law*, Oxford University Press, 1977, p. 43.

são aplicadas, ou não o são, enquanto que os princípios, enunciadores de uma orientação geral, não necessitam de uma decisão particular, podendo conviver dentro do mesmo ordenamento princípios opostos, pois, diferentemente das regras, eles podem ter peso ou importância. “Quando os princípios estão em conflito (por exemplo, a política de proteção dos consumidores de automóveis com o princípio da liberdade contratual), aquele que deve resolver este conflito deve ter em conta o peso relativo de cada um”²⁴. Já quanto à ‘política’, disse o autor: “Chamo política o tipo de *standard* que determina um fim a atender, como por exemplo o progresso para a coletividade de um ponto de vista econômico, político ou social”²⁵.

Dworkin sustenta, em *Laws Empire*, que a sua tese do direito como unidade propõe ao juiz trabalhar com um sistema jurídico integrado de regras e de princípios, de onde poderia ser extraída a melhor solução para os casos difíceis (*hard cases*, nos quais haveria aparentemente mais de uma solução possível, igualmente legítimas), permitindo “ao juiz supor que o direito está estruturado por um conjunto de princípios coerentes concernentes à justiça e à equidade, e de aplicá-los aos casos novos de tal sorte que a situação de cada pessoa possa ser julgada com equidade e justiça segundo os mesmos *standards*”²⁶. Compara o trabalho de um juiz imaginário, Hércules, ao de um romancista que participa de uma obra coletiva, que ao redigir o seu capítulo não pode desconhecer o que já está escrito, mas que deve escrever para frente; assim também o juiz deve ser capaz de considerar o direito existente e extrair os princípios que lhe permitam dirigir a sua interpretação para a solução do caso. “Essa interpretação deve em princípio ser global, ela deve ir das regras e dos dispositivos constitucionais mais fundamentais aos detalhes do direito privado. A melhor interpretação é aquela que faz dessa estrutura complexa a melhor estrutura política, e das decisões passadas (e leis) o melhor resultado possível”. Para o exame do caso, deve o juiz enumerar os princípios possivelmente aplicáveis e submetê-los a um juízo crítico, a fim de adotar aquele que, guardando coerência com o sistema (o que limitaria a influência das suas convicções particulares), melhor realizaria a justiça e a equidade²⁷. “O juiz deve chegar à sua própria conclusão fazendo o melhor para preservar a identidade e a integridade da história do direito que ele tem diante de si, mas com a liberdade de modificá-la em proveito dos melhores princípios de moral po-

24. *Op. cit.*, p. 47.

25. *Op. cit.*, p. 43.

26. **Ronald Dworkin**, *La Chaîne du Droit, Droit et Societé*, 1/51.

27. **Dworkin**, *op. loc. cit.*

lítica (justiça e equidade) que ele possa desenvolver”²⁸. Havendo possibilidade de escolha de duas soluções, ambas atendendo à exigência da concordância, “o juiz deve escolher entre as duas interpretações possíveis, preferindo aquela dentre elas que reflita a estrutura das instituições e as decisões da comunidade – suas normas públicas em seu conjunto – como melhor solução do ponto de vista da moral política. Suas convicções políticas e morais são pois diretamente engajadas”²⁹. O limite que ele deve respeitar é a identidade do sistema, do qual não deve se separar a ponto de perdê-la³⁰.

A teoria de **Dworkin** serve bem para demonstrar, de um lado, que o juiz não é neutro no julgamento que faz, e, de outro, o equívoco dos positivistas em atribuir ao juiz, na falta de uma regra clara para a solução do caso, um poder criador discricionário³¹. A sua faina está inserida no ordenamento vigente no país, que constitui um sistema composto não apenas de regras, mas também de princípios, os quais devem ser extraídos, ponderados e utilizados pelo juiz na solução do caso; para isso, será decisiva a escolha que ele fizer em favor do princípio que creia seja o melhor para atender ao espírito de unidade do sistema.

Para afastar as críticas de circularidade e de compromisso ideológico, a primeira porque o juiz poderia avançar no direito, mas estaria ao mesmo tempo limitado pela necessidade de concordância da sua decisão com esse mesmo direito, e a segunda porque a escolha da melhor solução estaria sempre de acordo com o mais ajustado à teoria política do juiz, parece conveniente a contribuição de **Sheldon Leader**. Diferentemente do modelo operacional proposto por **Dworkin**, que permite ao juiz aproximar-se do problema examinando-o imediatamente em todos os seus aspectos, de tal sorte que argumentos da teoria da decisão judicial poderiam atuar ao lado de princípios políticos, **Leader** propõe que esse trabalho se desenvolva em duas fases: “Nessa segunda versão, Hércules não faria intervir o conjunto da sua teoria política, para encontrar o equilíbrio entre todos os elementos. Em lugar disso, ele consideraria cada elemento e as soluções que se relacionam aos problemas de decisão por etapas, cada uma delas sendo autônoma e servindo de base para a continuidade da elaboração da decisão. Um tal desenvolvimento em termos de etapas deveria traçar uma separação entre os elementos que entram como elemento institucional de uma decisão, que fazem um bom ou um mau

28. **Sheldon Leader**, *Le Juge, la Politique et la Neutralité. A Propos des Travaux de Ronald Dworkin, Droit et Société*, 2/1986, p. 23.

29. **Dworkin**, *La chaîne du Droit*, p. 68.

30. **Leader**, *op. cit.*, p. 29.

31. **Michel Troper**, *Les juges pris aux sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, Droit et Société*, 2/41.

espécimen de julgamento judiciário, e aqueles que concernem ao fundo, que mostram uma boa ou má concepção da justiça social. O conteúdo do direito estabelecido, com o qual se busca a concordância, é estabelecido antes que entrem em jogo as questões da justiça social. Essas questões de justiça social são examinadas do interior dos limites fixados pela exigência de concordância com o direito estabelecido”³².

A atividade do juiz, portanto, de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é discricionária, devendo ser adotada em função das regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade. O sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, – a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social.

A tarefa de julgador consistirá, primeiramente, em fixar as “regras” aplicáveis ao caso, de acordo com o direito estabelecido e as normas comuns de hermenêutica; depois, em uma segunda etapa, definirá os “princípios” acolhidos pelo ordenamento jurídico que poderão ser antagônicos entre si e servirão para orientar o seu julgamento. “Nesta perspectiva, considera-se o ordenamento jurídico de modo compreensivo, abrangendo as leis, sua ordenação hierárquica, os princípios diretores que orientam sua organização, os conceitos jurídicos que as permeiam, os valores que lhes são subjacentes e aqueles por elas buscados, bem como as idéias fundamentadoras dos direitos fundamentais do homem, progressivamente apreendidas pela consciência humana, tal como derivadas das lutas sociais e fixadas pelos costumes e tratados internacionais”³³.

O trabalho operacional do juiz, porém, não se esgota nessas duas fases; como proposto pelos doutrinadores citados no início deste capítulo, mas se completa com uma terceira etapa. Nesse último momento, o juiz fará atuar as “políticas” consagradas na Constituição, com as quais fará a escolha dos princípios e dará conteúdo aos conceitos éticos de justiça e de equidade.

Nesse trabalho final, o juiz será orientado pelas normas constitucionais e ordinárias que estabeleceram os objetivos e os fins do Estado. Aquilo que **Dworkin** denominou de ‘políticas’, e no Brasil tem sido definido como ‘nor-

32. *Le Juge*, p. 35.

33. **Plauto Faraco de Azevedo**, *Aplicação do Direito e Contexto Social*, RT, São Paulo, 1996, p. 119.

mas-objetivo' ou 'normas-fim', não fica fora da consideração do julgador, pois tais *standards* são manifestações do legislador constituinte que não podem ser desprezadas no trabalho interpretativo, sendo para isso plenamente eficazes. Em Estados onde a Constituição é pródiga em enunciar princípios, políticas e fins (p. ex.: arts. 41 e 42 da *Constitución Argentina*, com a reforma de 1994; arts. 5º, 6º e 7º da Constituição do Brasil), o juiz tem referenciais bem definidos.

O prof. **Eros Grau**, partindo da classificação exposta por **Miguel Reale** sobre normas de conduta (que disciplinam o comportamento dos indivíduos) e normas de organização (que dispõem sobre estrutura e funcionamento dos órgãos, e sobre técnicas de aplicação das normas de conduta), identifica as normas-objetivo como aquelas que “definem resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários... fixam fins a serem alcançados. Fixam objetivos”³⁴. **José Afonso da Silva** as denomina de “normas-fim”: “Assim, a determinação constitucional, segundo a qual a ordem econômica e social tem por fim realizar a justiça social, constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais... nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis”³⁵. São esses propósitos consagrados pelo legislador, principalmente pelo constituinte, que têm eficácia interpretativa para determinar, na sua última fase, a opção decisória.

Democracia substancial

Incluído o ideal democrático como essencial ao direito do Estado³⁶, os seus princípios são *standards* orientadores dos juízes, advindo do seu descumprimento a frustração dessa expectativa e a sua responsabilização social. Mesmo porque esse regime permite a formulação adequada de juízos de valor no seu mais alto grau, oferecendo o processo democrático um conjunto de métodos satisfatórios para o encontro de soluções adequadas aos problemas sociais³⁷.

É preciso examinar, então, os princípios que estão incluídos nesse conceito de democracia.

Norberto Bobbio, em conferência pronunciada no Chile, entre as duas

34. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas, RT, São Paulo, 1988, pp. 131 e segs.

35. As disposições constitucionais programáticas sobre a ordem econômica e social, RDM 55/74.

36. **Jerome Hall**, Democracia e Direito, Zahar, Rio, p. 774.

37. **Jerome Hall**, *op. cit.*, p. 82.

possibilidades de definição: formal (democracia pelo povo); substancial (democracia para o povo), optou pela primeira, pois considerou bastante a definição mínima procedimental para distinguir um regime democrático de um regime não-democrático, concluindo por afirmar ser democrático “o regime que permite tomar decisões com o máximo de consenso dos cidadãos, fundado sobre os princípios de liberdade, de modo que os cidadãos possam eleger seus governantes, e, ao mesmo tempo, fundado sobre o princípio de estado de direito, que é o que obriga os governantes a não exorbitar seu poder e a exercê-lo no âmbito das normas escritas”³⁸. É a mesma definição dada por **Shumpeter**, para quem a democracia garante o meio para a tomada de decisão, mas não prescreve a decisão ela mesma: “*Democracy is the institutional arrangement for arriving at political decisions in which individual acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote*”.³⁹

Porém, como observa **J. Rolland Pennock**, a forma pela qual a palavra se emprega modernamente denota muito mais que um conjunto de dispositivos institucionais⁴⁰, os quais devem ser vistos não como um fim em si, mas como meio para a criação de uma sociedade na qual os cidadãos gozam de certos direitos essenciais. **German José Bidart Campos** definiu a democracia como “*una forma de Estado que, orientada al bien común, respeta los derechos de la persona humana, de las personas morales e instituciones, y realiza la convivencia pacífica de todos en la libertad*”⁴¹. Os direitos fundamentais foram classificados por **T. H. Marshall** em: a) direitos civis, compostos dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça; b) direitos políticos, como o de participar no exercício do poder político como membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo; c) direitos sociais, que se referem a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade⁴². Modernamente, os direitos humanos têm sido classificados por “gerações”, em três

38. *Fundamento y futuro de la Democracia*, Ed. Fac. Ciências Jurídicas, Universidade de Valparaíso, p. 45.

39. *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1947, p. 269.

40. *La Democracia en la Actualidad*, Uteha, México, 1967, p. 163.

41. *Doctrina del Estado Democrático*, EJE, 1961, Buenos Aires, p. 206.

42. *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio, Zahar, 1967, p. 64, *apud* **Oswaldo Agripino de Castro Jr.**, Os Direitos Humanos no Brasil e a sua Garantia através dos Instrumentos Processuais Constitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, abril/junho 1996, nº 130, pp. 83 e seguintes.

etapas: a) a geração dos direitos de origem burguesa, que se caracterizam como direito de defesa e se destinam a garantir a autonomia das pessoas; b) a geração ligada ao constitucionalismo sócio-econômico, como os direitos que geram obrigação positiva do Estado; c) os de terceira geração, que pretendem satisfazer necessidades propostas pelas transformações tecnológicas da sociedade moderna (meio ambiente, consumidor, informática, etc.)⁴³. As duas classificações nos auxiliam a compreender a extensão dos direitos fundamentais e a amplitude do compromisso assumido pelo Estado.

Consta do preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.

Devemos adotar, portanto, um conceito substantivo de democracia, em cuja essência estão os direitos fundamentais do homem, assim como enumerados no preâmbulo e definidos nos diversos dispositivos da Carta Constitucional. E embora hoje a palavra de ordem que nos vem de fora seja o liberalismo e a globalização dos mercados, com esquecimento de tudo o que possa lembrar o social, convém repetir a advertência de Alain Touraine “O que deve ser mantido ou mesmo reforçado do passado é o ‘*Welfare State*’ tal como foi criado na Europa”⁴⁴.

No tema dos direitos fundamentais, cumpre ainda dar realce às disposições sobre os tratados internacionais. “Neste sentido, a Constituição de 1988, após proclamar que o Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio, **inter alia**, da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Cabe, portanto, o ensinamento do prof. **A.A.C. Trindade**, segundo o qual o art. 5º se insere na nova tendência das constituições latino-americanas recentes no sentido de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais interna-

43. **Pablo Lucas Murillo**, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 33/34; também, em **Néstor Pedro Sagüés**, *Introducción al Texto de la Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, 3ª ed., p. 37.

44. Folha de São Paulo, 23.02.97.

cionalmente consagrados”⁴⁵. Apesar disso, permanece a orientação de que o tratado tem posição hierárquica igual à da lei ordinária, revogando a anterior, mas a que sucede ao tratado tem prevalência sobre este (**Pedro Abreu Dallari**, Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Jurisdição Nacional, Revista Especial do TRT, 3ª Região, São Paulo, 1997). Nesse ponto, mais forte é o que consta no art. 75, inc. 22, da Constituição da Nação Argentina, que coloca os tratados acima das leis e faz a enumeração daqueles que, versando sobre direitos humanos, têm hierarquia constitucional; “*eso no significa que formalmente integren la Constitución, aunque sí valen como la Constitución*”⁴⁶.

Os enunciados políticos incluídos na Constituição ou por ela mandados observar servem de paradigma aos juízes no julgamento das pretensões dos cidadãos manifestadas através dos diversos meios de acesso à Justiça, valendo lembrar, além das ações previstas na legislação ordinária processual: o mandado de segurança, contra ato ilegal de autoridade (e também contra ato de particular, cf. art. 43 da Constituição da Argentina); o **habeas corpus**, contra ofensa à liberdade de locomoção (e também contra agravamento da detenção e desaparecimento de pessoas, cfe. art. 43, 3ª parte da Const. da Argentina); o **habeas data**, para a defesa do direito à autodeterminação sobre os dados pessoais; o mandado de injunção, para fazer valer direito constitucionalmente assegurado; a ação direta de inconstitucionalidade, para obter decisão declaratória de invalidade da lei, com efeito geral; a ação direta de constitucionalidade, para reconhecimento da validade da lei; a ação civil pública, para defesa de direitos do cidadão, do meio ambiente e do consumidor; a ação popular, para a defesa do erário público, etc.

No Estado democrático em que a Constituição enumera regras, princípios e políticas tão extensivamente, consagrando os pressupostos essenciais de um estado democrático, como acontece no Brasil, cabe ao juiz formular uma teoria do direito e encontrar para o caso concreto a solução que satisfaça à exigência de conformar-se com o sistema e realizar a justiça: “Obedecendo às diretrizes fundamentais da ordem jurídica, resta-lhe um campo imenso, onde as virtualidades de seu trabalho podem tornar-se fecundas”⁴⁷. Aliás, o juiz só aplica a lei injusta se quiser⁴⁸. Contribui para isso o nosso sistema de controle da constitucionalidade, que é amplo, feito de modo difuso, através de exceção, em qualquer demanda, por todo juiz e em todas as instâncias, com efeito

45. **Castro Jr.**, op. cit., p. 87.

46. **Sagüés**, loc. cit., p. 32.

47. **Plauto Faraco de Azevedo**, op. cit., p. 144.

48. **Juarez Freitas**, A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Vozes, 1989, p. 89.

restrito ao processo, e também através de ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, com efeito **erga omnes**. Nessa função, ressalta a importância do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, investido que está “na capacidade de, interpretando juridicamente o texto da Constituição, traçar, em consequência, o alcance das diretrizes políticas nele subjacentes”⁴⁹.

Por fim, resta dizer que a democracia, sendo o governo da maioria, não existe para assegurar a tirania dessa maioria. O constitucionalismo, diz **Neil MacCormick**, é um requisito prévio à democracia. Deve, e de fato o faz, impor limites à tirania da maioria e ao igualitarismo absoluto⁵⁰. A decisão da maioria, somente por ser da maioria, não é necessariamente a melhor, esteja ela expressa na lei ou manifestada pela opinião pública. “A soberania do povo não é ilimitada; está circunscrita pelos limites da justiça e dos direitos dos indivíduos. A vontade de um povo não pode tornar justo o que é injusto”⁵¹. A opinião pública pode ser facilmente manipulada nos tempos de “consenso fabricado”, no dizer de Chomsky, e o é cada vez mais nos Estados onde inexistente efetivo controle para impedir o monopólio da informação. A opinião da maioria pode ser incoerente com o sistema, e por isso desconsiderada pelo juiz, que tem um compromisso de coerência. É por isso que o juiz pode decidir contra a opinião pública, ou afastar a lei, ainda que representem a vontade da maioria, pois aquela pode ofender a lei, e esta, vulnerar a Constituição. Ao lado do princípio democrático de respeito à vontade da maioria, também existe o que impõe o respeito à minoria: “Faz parte essencial da democracia a representação apropriada das minorias”⁵². A tolerância é um dos elementos que compõem o princípio de igualdade, sendo ela uma condição de progresso, da busca da verdade e do exercício da liberdade⁵³. A intolerância, dessarte, ofende o princípio político da igualdade e é causa da discriminação jurídica, ambas as situações incompatíveis com o estado democrático. Nessa perspectiva, incumbe ao juiz afastar a manifestação da maioria que represente tratamento iníquo contra a minoria.

Ainda nesse ponto me socorro da lição recente de **Dworkin**, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo: “É antidemocrático que um grupo de juízes – nomeados, e não eleitos tome decisões morais fundamentais em

49. **Miguel Seabra Fagundes**, As Funções Políticas do Supremo Tribunal Federal, Arquivos do Min. da Justiça, nº 157, p. 29.

50. *Constitucionalismo y Democracia*, Anuario de Derechos Humanos, Un. Complutense, Madrid, nº 5.367/380.

51. **Benjamin Constant**, Principios Políticos Constitucionais, Liber Juris, Rio, 1989, p. 70.

52. **Stuart Mill**, Governo Representativo, Ibrasa, São Paulo, p. 92.

53. **Alfonso de Julios Campuzano**, *Minorias y Tolerancia sobre los Fundamentos de la Democracia*, Rev. da Fac. Dir. Curitiba/PR, 1994/1995, v. 28, 11-41.

nome de todos. Isso depende de como se define a democracia. Democracia é o governo pelo povo, mas filósofos e cientistas políticos divergem quanto ao que isso quer dizer. Muitos pensam que significa o governo exercido de acordo com a vontade da maioria. Se assim for, a revisão judicial é obviamente antidemocrática, pois, às vezes, faz com que a maioria não possa ter a lei que deseja. Outros têm uma concepção diferente de democracia: acham que ela não é o governo exercido pela maioria, mas por todas as pessoas agindo em conjunto, numa espécie de parceria ou *joint venture*, de modo que até os cidadãos que votaram contra determinada lei se incluem, por força de sua participação nessa parceria, entre seus autores... Se adotarmos esta segunda visão de democracia – se a virmos como uma *joint venture* de que todos os cidadãos participam –, então pensaremos que uma nação não é verdadeiramente democrática mesmo que suas autoridades sejam eleitas pela maioria dos cidadãos, a menos que essas autoridades e as leis que elas fazem tratem todos, e não só a maioria, como membros plenos e iguais da comunidade. Ou seja, nenhuma comunidade é democrática, nem decisões e eleições majoritárias são legítimas, se a comunidade e suas decisões não respeitarem os direitos fundamentais de todo cidadão, individualmente. Desse modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da própria legitimidade deste não serão violados. Naturalmente, os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.” (Ed. de 26.03.97).

Essa última observação reforça a idéia de que o juiz embora sendo socialmente responsável, não pode ter sua permanência no cargo submetida à aprovação da maioria, pois se fosse assim não teria condições de desconsiderar a opinião pública eventualmente formada em sentido contrário, para fazer prevalecer o princípio democrático de respeito à minoria.

Em conclusão, a responsabilidade política do juiz é uma espécie de responsabilidade jurídica, que tem sido raramente usada e, no Brasil, está regulada em lei ordinária apenas relativamente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a denominação de crimes de responsabilidade. A responsabilidade social implica apenas um juízo ético contra o juiz que descumpra o dever que o sistema lhe impõe de decidir de acordo com os princípios democráticos. Para a definição dessa responsabilidade considera-se a lição de **Dworkin**, quanto à natureza da função judicial, e os enunciados de uma democracia substantiva.

Essa espécie de responsabilização assume cada vez maior importância, na medida em que aumenta o controle difuso da ação dos juízes.

O Estado democrático não se realiza pela previsão da lei, mas sim depende de efetiva vivência, que só acontece com o engajamento de todos os cidadãos, muito especialmente dos que de algum modo exercem os poderes públicos, cabendo aos juízes participarem dessa empresa. É preciso, portanto, um comprometimento pessoal, diuturnamente renovado, dos juízes para com os princípios da democracia e com os valores da equidade e da justiça; além da responsabilidade jurídica, em todas suas espécies, e da responsabilidade social, o mais eficaz desses controles está na efetiva responsabilização moral do juiz perante a própria consciência, que permanentemente o acompanha e não precisa de nenhum procedimento formal externo para se manifestar.

O Direito Penal Brasileiro sob o Enfoque dos Direitos Humanos

Vicente Leal de Araújo

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

Honrosamente convocado para participar deste simpósio jurídico – Encontro de Juízes Federais e Estaduais do Amapá –, não posso disfarçar a presença de um sentimento de profunda emoção que me impressiona neste instante: a missão que me foi conferida de discorrer a nobre elite de intelectuais sobre tema de alta relevância no seio das Ciências Jurídicas.

O tema em debate – o *Direito Penal* sob o enfoque dos *Direitos Humanos* – é certamente o assunto que mais tem exigido dos juristas e cientistas sociais uma profunda reflexão nos dias de hoje, em face da multiplicidade de fenômenos que o envolvem. E quando se fala em multiplicidade de fenômenos, assomam às nossas mentes questões as mais diversas, todas com repercussões e conseqüências na *área penal*, tais como: a) a concentração populacional urbana; b) o desemprego em ascendência, em razão da substituição do homem pela máquina; c) o crescimento substancial da população economicamente carente, com formação de conglomerados de favelas nas cercanias das grandes cidades; d) a expressiva concentração de renda, com a conseqüente eclosão de um sentimento geral de injustiça, gerador de ódios e ressentimentos; e) a sofisticação e a volúpia dos meios de comunicação e o refinamento da tecnologia, da informática e da cibernética, além de outros temas, todos com agudos reflexos do crescimento do *fenômeno mais grave, o fenômeno da criminalidade*. E este último fenômeno, de relevância fundamental para o presente estudo, apresenta uma *dupla face*, de natureza antagônica, cuja compatibilidade constitui o grande tema a desafiar nossa inteligência: se de um lado a sociedade exige uma solução para reprimir a escalada do crime, cujas dimensões tornam a cada dia mais desconfortável a vida no Planeta, de outra parte a nossa vocação democrática e humanista, apologistas que somos do Estado de Direito, repugna medidas repressivas afrontosas aos princípios fundamentais que dignificam a pessoa humana, decantados em todas as Cartas de Princípios que orientam o Mundo Civilizado.

O Direito Penal como controle social

Consoante já salientado, a nossa formação e a nossa cultura, de origem latina, repudiam soluções penais que sejam destoantes dos dogmas que protegem a vida e a dignidade da pessoa humana.

Daí porque a nossa Carta Política, ao dispor sobre a pena criminal, afasta imperativamente a possibilidade de cominação de *pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento*, bem como de *penas cruéis*, estabelecendo, ainda, que aos presos é assegurado o respeito à *integridade física e moral* (art. 5º, XLVII e XLIX).

O Direito Penal, como conjunto de normas e princípios que tratam da definição dos crimes e das respectivas sanções, é o instrumento mais vigoroso de controle social. Todavia, deve ser sempre concebido como o último instrumento a ser utilizado, aplicando-se apenas em caráter subsidiário, quando as outras formas de controle social forem ineficazes.

Dentro dessa visão, impõe-se afastar a febre de criminalização de qualquer conduta anti-social, fenômeno tão presente nos dias de hoje.

Os outros ramos do Direito encontram-se a serviço do controle e da harmonia social, contendo regras de sanção civil e administrativa. A sanção penal deve restringir-se à tutela de *bens jurídicos maiores*, com destaque para aqueles inerentes à vida, à liberdade, à intimidade, à segurança, à dignidade e ao exercício livre dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Impõe-se, assim, que no debate do assunto os estudiosos das ciências penais envidem esforços para oferecer subsídios ao Parlamento com vistas a uma revisão de conceitos, de modo a conferir ao Direito Penal o seu espaço político e científico adequado, dentro de uma visão filosófica que se harmonize com o progresso da humanidade, que deve caminhar sempre com os olhos elevados para a dignificação do ser humano.

Código Penal de 1940

Entre nós, apesar dos ingentes esforços de grandes penalistas do passado, com destaque para **Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno, Benjamim de Moraes Filho, Serrano Neves**, bem como dos mestres vivos e ativos, como **Assis Toledo, Vicente Cernicchiaro, René Ariel Dotti, Licínio Leal Barbosa, Cid Scartezzini** e tantos outros, o Direito Penal ainda encontra-se sob os moldes da era cultural das primeiras décadas do século que termina.

É certo que a Parte Geral do nosso Código Penal encontra-se renovada,

concebida que foi no laboratório de uma comissão de notáveis penalistas pátrios, sob a sábia orientação do renomado Ministro Francisco de Assis Toledo. Todavia, a parte especial do nosso Estatuto Punitivo, no dizer de **Licínio Leal Barbosa**, condensa um sistema penal remanescente “da ditadura estado-novista de Getúlio Vargas, (...) inspirada nos governos fortes de Adolf Hitler e de Benito Mussolini, (...) sistema penal que, injusta e muitas vezes perversamente envia para o cárcere quem dele não necessita para expiar, eficazmente, o delito praticado; e para escarmentar as pessoas tendentes a praticarem delito”¹.

A ancianidade do nosso sistema penal ressalta sob diversos ângulos, que o breve espaço deste estudo não comporta análise exaustiva. Todavia, é relevante anotar alguns pontos, cuja revisão se impõe com absoluta urgência, tais como:

O sistema de penas

É sabido que a Reforma Penal de 1984, que dispôs sobre a Parte Geral do Código, adotou a *teoria* mista, ao estabelecer no art. 59 que a pena deve ser aplicada em quantidade *conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*.

E a nossa Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, também concebida sob as luzes da Comissão de Juristas chefiada por Assis Toledo, foi mais específica ao consagrar o primado da reeducação e reintegração do condenado na vida social (arts. 1º, 10, 22 e 28).

A propósito, merece ser posta em destaque a política penitenciária instituída pela nossa Lei de Execução Penal, pela sua excelente técnica legislativa, pelos seus princípios pedagógicos e pela modernidade dos seus institutos. Daí porque é necessário apregoar e repetir que a crise do nosso Sistema Penitenciário não decorre, em absoluto, de deficiência de regramento próprio, mas de outros fatores, que adiante serão destacados.

Após essa digressão, retornemos à questão do nosso ultrapassado sistema de penas.

Embora a Constituição Federal, ao dispor sobre o *princípio da individualização da pena*, tenha relacionado várias espécies de sanção penal, previsão essa também inserida na Parte Geral do Código Penal (art. 32), o nosso projecto sistema contido na Parte Especial prima, em absoluto, pela *pena restritiva da*

1. Discurso proferido ao tomar posse na Presidência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

liberdade. Em outras palavras, quase todos os tipos penais são punidos com encarceramento, com prisão.

Vivemos na linha filosófica do “Projeto Alternativo Alemão”, embasada na premissa de que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”. É certo que no mundo da Ciência Penal é quase unânime a opinião de que a pena se justifica por sua necessidade, pois sem ela não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. Todavia, é de se reconhecer que a pena prisional já demonstrou, de modo absoluto, a sua ineficácia, considerada a sua finalidade de prevenção do delito e de reeducação do delinqüente.

Se a pena tem como um dos seus fins precípuos a recuperação social e moral do delinqüente, a experiência tem demonstrado que a pena de prisão tem-se constituído em fator de multiplicação dos delitos, pois 85% (oitenta e cinco por cento) da população de ex-presidiários voltam a delinqüir.

Neste ponto, há de se considerar não apenas o aspecto da ineficácia da pena prisional para a reforma do apenado, mas também e especialmente o nosso deplorável aparelho penitenciário, considerado por todos como causa maior da crise que vem assolando as Cadeias Públicas deste País, cenário permanente de motins, expressivo de um quadro dantesco que envergonha a consciência nacional. E a causa maior dessa grave situação reside na superpopulação dos presídios. A respeito do tema, o último censo penitenciário realizado pelo Ministério da Justiça em 1995 apresenta dados aflitivos: Registrou-se uma população de 148.760 presos, dos quais 71,6% cumprindo sentença condenatória e 28,4% sob custódia processual, comprimidos em espaços exíguos, destinados à metade desse contingente, já que o déficit de vagas atinge o elevado número de 75.887.

Em face desse quadro, fica evidenciada a impossibilidade de se dar ao contingente de presidiários o tratamento humano prometido na Constituição, na Lei de Execução Penal e nos demais diplomas internacionais que tratam dos direitos humanos. E essa imensa dívida social permanece em aberto, no vermelho, desafiando a insensibilidade dos Poderes Públicos, enquanto a Nação, estupefata, assiste à eclosão de sucessivas rebeliões em todo o País.

No particular, impõe-se, com urgência e com real vontade política, a adoção de medidas eficazes para a mudança dessa triste fisionomia.

É de se reconhecer que algumas promessas têm surgido, seja no campo estrutural, seja no campo institucional, suficientes para despertar nossas esperanças.

No dia 14 de outubro corrente, o ilustre professor **Licínio Leal Barbosa**, ao tomar posse na Presidência do Conselho Nacional de Política Criminal

e Penitenciária, anunciou que o Ministério da Justiça acaba de lançar o programa Zero Déficit, tendo repassado verba de 21 milhões para a construção de 21 presídios no Estado de São Paulo. Rogo a Deus que a promessa se concretize e que o Ministério não se esqueça dos demais Estados da Federação, em especial aqueles mais pobres.

Uma outra promessa salutar consiste na esperada aprovação do Projeto de Lei nº 37/97, que, modificando os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77, do Código Penal, instituiu penas alternativas – nominadas de *penas restritivas de direitos* –, originário de estudos do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e que, já aprovado na Câmara dos Deputados, encontra-se no Senado Federal, aguardando parecer do Senador Romeu Tuma, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça.

O citado projeto introduz uma nova filosofia penal, ensejando a substituição de penas privativas de liberdade não superiores a *quatro anos* por outras restritivas de direitos, desde que o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo, em quaisquer das hipóteses condicionando-se o benefício à circunstância de não ser o réu reincidente em crime doloso e de lhe serem benéficas as clássicas circunstâncias judiciais, inscritas no art. 59 do Código Penal.

Esclareça-se que o citado projeto de lei arrola seis espécies de penas restritivas de direito: prestação pecuniária; perda de bens e valores; recolhimento domiciliar; prestação de serviço à comunidade ou à entidade pública; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Tal providência legislativa é, sem dúvida, um grande avanço e representará, efetivamente, um enxugamento nos presídios, dali retirando todos os condenados que atenderem a tais requisitos. Tal medida, todavia, não afasta a necessidade de revisão do sistema de cominação de pena estabelecido na Parte Especial do Código.

O sistema de medidas de segurança

O Código Penal Brasileiro, nos arts. 96 a 99, tratou das medidas de segurança, impostas aos agentes de delito portadores de enfermidade mental, prevendo duas espécies: a) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, e b) sujeição a tratamento ambulatorial.

A primeira espécie de medida de segurança, como concebida na nossa lei penal, merece justas críticas sob o enfoque dos Direitos Humanos. É que, sendo uma medida compulsória imposta pelo Estado, restritiva do direito de

liberdade, deveria sofrer limitações temporais. Todavia, o § 1º do art. 97 é expressivo em estabelecer que “a internação (...) será por tempo indeterminado”.

É, sem dúvida, uma norma perversa pois, na verdade, tais hospitais de custódia consubstanciam autênticas prisões, porque desprovidos de pessoal adequado e preparado para realizar o tratamento da enfermidade mental, bem como de avaliar os seus resultados. E por isso, podem transformar-se tais internações em autênticas prisões perpétuas. O seu período de segregação poderá superar, em muito, o período de prisão que sofreria pela condenação, se sadio e imputável fosse o internado. Dessa assertiva, extrai-se de que a internação do inimputável por tempo indeterminado colide com princípios balizares do Direito Penal, tais como o *princípio da reserva legal* e o *princípio da igualdade* e afronta os Direitos Humanos.

Se o agente do fato criminoso é penalmente irresponsável, por ser portador de doença mental, deve sofrer, por algum tempo, o controle da Justiça Penal. Ultrapassado um prazo razoável, não tem porque permanecer sob a guarda do Sistema Penal, incumbindo-se do seu tratamento os seus familiares ou na falta destes, a rede de Saúde Pública.

O que repugna ao sentimento de respeito e de proteção à dignidade humana é a possibilidade de internação coercitiva por tempo indeterminado do inimputável portador de doença mental sujeito aos rigores da Justiça Penal, a despeito de proclamada a sua irresponsabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua colenda Sexta Turma, prestigiando tese do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator do julgamento, afirmou o entendimento de que a medida de segurança, assim como a pena, deve ser extinta em razão do decurso do prazo de prescrição, considerada a pena mínima cominada ao fato criminoso imputado ao agente, se sadio fosse.

Trata-se de construção jurisprudencial de elevado conteúdo teleológico, que minimiza os rigores de um instituto que deve ser revisto.

A legislação penal de ocasião

Um outro ponto que tem merecido reparos por parte da comunidade jurídica é a tendência legislativa de se produzirem *leis penais esparsas*, nascidas sob o calor e a emoção de episódios isolados, leis essas concebidas segundo uma idéia retrógrada de que a gravidade da pena cominada diminui a atuação criminosa.

Dessa fonte legiferante têm surgido diversos diplomas penais que destoam do sistema e nem sempre apresentam boa qualidade científica, refletindo quase sempre um pensamento de ocasião, sem o necessário e prévio estudo por parte daqueles que constroem a doutrina e a jurisprudência nacional.

Dentre tais diplomas merece destaque a questionada *Lei dos Crimes Hediondos*, a qual introduziu a esdrúxula regra de que as penas ali previstas seriam cumpridas integralmente em regime fechado, destoando de todo o sistema de individualização da pena na fase de sua execução, bem como estabeleceu sanções demasiadamente severas, que podem ser ainda acrescidas de metade.

Sensível às críticas desferidas contra tal diploma legal pela comunidade jurídica, o Poder Executivo, acolhendo estudos realizados por uma comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10, o qual, já aprovado pela Câmara dos Deputados, encontra-se no Senado Federal, aguardando parecer do Senador José Ignácio, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça.

O projeto de lei em tela, embora não contenha regra expressa revogando a Lei dos Crimes Hediondos, regula quase por inteiro a matéria nela contida, ao introduzir o assunto no corpo do Código Penal, alterando as disposições dos arts. 33 e 83. No art. 33, modifica-se a alínea c do § 1º para redefinir a prisão em regime aberto, de modo a possibilitar a execução da pena nesse regime aonde não existia casa de albergado². Além disso, são introduzidos os §§ 4º e 5º, modificando-se a infeliz expressão de *crimes hediondos* por *crimes de especial gravidade*, relacionando-os em onze espécies e estabelecendo que as penas impostas em razão de sua prática serão cumpridas pela metade em regime fechado³.

Quando convertido em lei tal projeto, ter-se-á expungido do nosso ordenamento jurídico norma atentatória à dignidade humana, preceito

2. Art. 33, § 1º, c: regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou em recinto especial e separado de outro estabelecimento penal.

3. Art. 33, § 4º: O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início, quando o crime for de especial gravidade.

Art. 33, § 5º: Consideram-se crimes de especial gravidade:

- a) o homicídio cometido mediante paga, promessa de recompensa, por motivo torpe ou com participação em quadrilha, bando ou grupo de extermínio;
- b) o homicídio cometido com emprego de tortura, outro meio insidioso ou cruel, ou com o objetivo de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) o roubo ou a extorsão qualificados por lesão corporal grave ou morte;
- d) a extorsão mediante seqüestro;
- e) o estupro e o atentado violento ao pudor, com emprego de violência real ou grave ameaça;
- f) a tortura;
- g) o genocídio;
- h) a associação para o fim de terrorismo;
- i) o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;
- j) o contrabando de armas e munições;
- k) a quadrilha ou bando armados.

aberrante que impõe o cumprimento integral de pena em regime fechado, desconsiderando todos princípios que regem o sistema.

Urge que tal projeto seja de logo aprovado, por imperativo da consciência jurídica nacional. É lamentável que os apelos da mídia tenham procurado atropelar o curso desse projeto, proclamando que se trata de norma dirigida a amenizar as penas relativas à criminalidade violenta. É de se esperar que os Senadores da República não se deixem levar por tais apelos e decidam com sabedoria, com os olhos postos nos elevados propósitos que deram origem a essa proposição legislativa.

Destaque-se, por oportuno, excerto de sua preciosa Exposição de Motivos:

“O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos, mas permite, por outro lado, que esse tratamento se ajuste ao sistema progressivo de cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável sistema penitenciário. Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção” (Exposição de Motivos do Projeto nº 16, item 12).

Além da questionada Lei nº 8.072/90, tem proliferado uma vasta gama de leis penais esparsas, quase sempre desprovidas de qualidade técnico-científica, com grave prejuízo para o sistema, que deve ser consolidado no Código.

E esta produção legislativa, carregada de forte componente emocional, criminaliza condutas que poderiam sofrer o controle por outros ramos do Direito, impõe penas severas a crimes de pouco potencial ofensivo, cria tipos penais abertos, atentatórios ao princípio da legalidade, provocando uma confusão no Sistema Penal. Essa política em voga deve sofrer a repulsa de todos os que operam na seara do Direito Penal – advogados, juízes e professores – os quais devem dirigir ações eficazes para aprimorar o legado do passado, adaptando-o aos novos tempos e aos novos conceitos.

Impõe-se a sistematização das leis penais, que devem ser dispostas, sempre que possível, no corpo do Código Penal, para que haja unidade de visão, racionalidade na cominação das penas e compreensão pedagógica do sistema, pois o fim precípua do Direito Penal não é o castigo em face das imperfeições humanas, mas a proteção da sociedade e a reeducação da pessoa que quebrou o equilíbrio social.

O Direito Penal na Carta Magna de 1988

A Constituição em vigor, originária de um tempo de reabertura das franquias democráticas, contém a marca de uma filosofia de profundo respeito aos Direitos Humanos.

O constituinte de 1988, ao declarar os princípios fundamentais da República, fez consignar dentre eles a *dignidade da pessoa humana*, e ao dispor sobre as relações internacionais, elegeu, dentre outros princípios, o da *prevalência dos direitos humanos*.

Dentro dessa linha filosófica, a nossa Carta Magna, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, contém inúmeros dogmas e princípios pertinentes à proteção de quem se encontre submetido à Justiça Penal.

Com efeito, o art. 5º, em inúmeras alíneas, fez inscrever preceitos os mais diversos que se projetam no estudo do Direito Penal. Destaquem-se, dentre outros, aqueles de maior relevância, como:

a) princípio da legalidade; b) o princípio da retroatividade benigna; c) o princípio do Juízo natural; d) princípio da individualização da pena; e) princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; f) princípio da responsabilidade pessoal; g) princípio da presunção de inocência; h) o julgamento dos crimes dolosos contra vida pelo Tribunal do Júri, no qual é assegurado o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a plenitude da defesa; i) indenização, pelo Estado, de condenado por erro judiciário.

Além desses princípios, o art. 5º da Constituição estabelece inúmeras vedações, todas dirigidas à proteção do indivíduo em face do Direito Penal, merecendo destaque as seguintes:

- a) proibição de juízo ou tribunal de exceção;
- b) vedação de extradição de nacional e de estrangeiro, este por crime político ou de opinião;
- c) proibição de uso, no processo, de prova obtida por meio ilícito;
- d) vedação de pena de morte, de caráter perpétuo e de outras penas atentatórias à dignidade humana, além de outras normas de proteção à integridade física e moral dos presidiários;
- f) concessão de **habeas corpus** para proteger o direito de locomoção, em face de lesão ou ameaça de lesão por ilegalidade ou abuso de poder.

Como visto, a Constituição do Brasil contém no seu bojo princípios e normas que formam um imenso campo de proteção aos Direitos Humanos e norteiam o legislador ordinário na atividade de produção legislativa na área do Direito Penal.

Conclusão

Os singelos enfoques acima deduzidos, desprovidos de pretensão magistral, compõem um reduzido quadro refletor das nossas principais preocupações no trato da matéria.

Dessa superficial abordagem pode-se detectar alguns pontos que considero relevantes para o prosseguimento do estudo do tema e, por isso, insisto em novamente destacá-los, tais como: a) a excelência do nosso Direito Constitucional Penal em face do expressivo zelo na proteção dos Direitos Humanos; b) a necessidade de reforma da Parte Especial do Código Penal, com institucionalização de penas não restritivas de liberdade para crimes cometidos sem violência à pessoa; c) a completa reformulação dos nossos presídios, de modo a proporcionar aos nossos apenados as promessas contidas na Carta Magna pertinentes a sua integridade física e moral e a sua recuperação e reinserção no convívio social; d) a sistematização das diversas leis penais, que devem ser inseridas no Código, bem como a criminalização adequada de novas condutas, surgidas em face do progresso, tais como os atos condenáveis que se praticam no mundo das relações econômicas, da comunicação por satélite, via *internet*, bem como outros comportamentos de agressão à coletividade; e) o cumprimento efetivo pelo Estado da promessa de assistência jurídica integral e gratuita aos desprovidos de recursos, de modo a resguardar o sagrado princípio da *isonomia jurídica*.

Esta última promessa contida em nossa Carta Magna reveste-se de grande relevância, porque dela depende a eficácia das demais garantias em relação à maioria da população brasileira, constituída de pessoas em real estado de pobreza.

Sem a reestruturação das Defensorias Públicas junto aos diversos órgãos do Poder Judiciário continuar-se-á como no passado, no tempo da Lei das Doze Tábuas, na Roma Antiga, da Lei das Sete Partidas, na Espanha do Século Passado, e das Ordenações Portuguesas, épocas em que as sanções penais variavam em razão da condição social.

Sem o pleno exercício do direito de defesa, sem o advogado público para o réu pobre, a Justiça Penal será sempre capenga.

Se a lei deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune, como proclamado na Declaração dos Direitos, de 1789, deve o Estado assegurar a efetividade desse dogma, sob pena de voltarmos aos tempos anteriores ao Iluminismo.

A questão da assistência jurídica aos pobres continua em aberto, a despeito das promessas de todas as Constituições Republicanas.

Durante cinco anos de Judicatura no Tribunal Regional Federal da Primeira Região e três anos neste Superior Tribunal de Justiça, sempre no exercício de jurisdição criminal, em nenhuma oportunidade um defensor público subiu à tribuna para defender um réu pobre.

Este fenômeno parece ser universal.

O advogado americano Reginald Heber Smith já afirmava em 1919:

“Justiça é só para os que podem pagar”.

O Senador Robert Kennedy, quando em 1964 exercia o cargo de Procurador-Geral, afirmava que os advogados deviam assumir a responsabilidade em face da existência de dois sistemas de direitos – *um para os ricos, outro para os pobres*.

E quando se fala em Justiça Penal e Direitos Humanos, não se pode virar as costas para o relevante tema da defesa dos pobres. A nossa insensibilidade diante do assunto é, por certo, um dos fatores responsáveis pelo elevado percentual de presidiários pobres.

Impõe-se, portanto, uma tomada de posição, provida de sinceridade de propósito, para o resgate dessa dívida social. A consciência jurídica nacional já não pode carregar o peso desta culpa. Que os clamores deste auditório subam os altares governamentais para que ali sejam adotadas as providências administrativas próprias, assegurando-se aos pobres a plena defesa na Justiça Penal.

Muito obrigado.

O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional

Ari Pargendler

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O tempo de duração dos processos é matéria de grande importância. Trata-se, mesmo, de uma preocupação compartilhada por todos os que militam na vida forense. A chamada “crise do Judiciário” reside exatamente aí, como resultado do grande número de processos. Essa crise é maior nos Tribunais Superiores, onde se acumulam as causas vindas de todo o País. O Supremo Tribunal Federal foi vítima dessa crise, e um dos modos pelos quais a Constituição Federal de 1988 pretendeu resolvê-la foi a de retirar-lhe parte da competência, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça as decisões sobre questões infraconstitucionais. Não obstante a alteração, o sistema permaneceria o mesmo: duas instâncias ordinárias e uma instância extraordinária.

Às vésperas de completar um decênio, a prática do sistema não tem confirmado a sua teoria. O estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela que ele vem julgando matérias que, mais tarde, voltam a ser examinadas pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário. Pelo menos em alguns casos, passamos a ter, não uma instância extraordinária, mas duas – com esse efeito negativo: uma demora de mais alguns anos até o desfecho final do processo.

O Superior Tribunal de Justiça vem, de fato, decidindo, em recurso especial, matéria estranha à sua competência, com o resultado de que, nesses casos, tem funcionado como uma terceira instância, intermediária, não prevista no texto constitucional.

É certo que, no julgamento do Agravo Regimental nº 145.589-7, RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 24.06.94), o Ministro Marco Aurélio defendeu o ponto de vista de que o Superior Tribunal de Justiça teria essa função de terceira instância; desde esse ponto de vista, conhecido o recurso especial, o acórdão nele proferido, confirmando-o ou reformando-o, substituiria aquele prolatado no Tribunal **a quo**, por força do artigo 512 do Código de Processo Civil, a saber:

“O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Mas o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou outro entendimento, como seja, o de que “a decisão do recurso especial só admitirá recurso extraordinário, se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária”.

Eis trechos de votos de alguns Ministros para o devido esclarecimento da questão:

Ministro Carlos Mário Velloso:

“No caso sob exame, a questão constitucional que o Superior Tribunal de Justiça ventilou foi a mesma decidida pelo Tribunal de segundo grau. Em outras palavras: no caso, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão, no que toca à matéria constitucional, do Tribunal de segundo grau. De sorte que não há falar em recurso extraordinário com base nessa questão constitucional decidida pelo Tribunal de segundo grau e que não foi atacada, a tempo e modo, mediante recurso extraordinário.”

Ministro Celso de Mello:

“É incabível recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça que não tenha apreciado, originariamente, a questão constitucional. Se é certo que o tema de Direito Constitucional foi objeto de julgamento pela instância ordinária, impunha-se ao ora agravante a obrigação jurídico-processual de impugnar, pela via recursal extraordinária, o acórdão proferido pelo tribunal local. Com a não interposição, porém, do recurso extraordinário daquela decisão emanada da instância ordinária, restou precluso o fundamento constitucional, a inviabilizar, por isso mesmo, a renovação do debate, na esfera do Superior Tribunal de Justiça, da matéria constitucional já apreciada pelo tribunal local.”

Ministro Néri da Silveira:

“Penso que, em hipótese como a dos autos, houve a confirmação do fundamento de ordem constitucional no STJ, que apreciou entretanto matéria já preclusa, porque deveria ter sido impugnada em recurso extraordinário não interposto tempestivamente. No máximo o que admitiria contra o

acórdão do STJ, se modificasse o acórdão anterior pelo conhecimento da questão constitucional, seria recurso extraordinário por ofensa ao art. 105, III, da Constituição, ou seja, por conhecer de recurso especial e provê-lo sobre matéria estranha a sua competência, o que não sucedeu no caso concreto.”

.....
Abro um parêntese.

Pode acontecer, mesmo no exercício normal de sua competência, em recurso especial, que o Superior Tribunal de Justiça deva se pronunciar sobre matéria constitucional.

Exemplifico.

Imagine-se que alguém ajuíze uma ação pedindo a declaração de que determinada lei não se lhe aplica, mas sustente, pelo princípio da eventualidade, que essa lei seria inconstitucional se o alcançasse. Se o tribunal local decide que a lei não obriga o autor da ação, fica prejudicada a questão constitucional. **Quid**, se o Superior Tribunal de Justiça afasta a motivação do julgado, por entender que a lei, de fato, obriga o autor (?) Examina o segundo fundamento do pedido. E qualquer decisão a esse respeito poderá ser atacada, em recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal.

O fato decorre do sistema, e não causa qualquer estranheza; decidindo, em recurso especial, sobre matéria constitucional, o Superior Tribunal de Justiça está sujeito ao controle do Supremo Tribunal Federal. Mas é preciso que isso fique claro: em recurso especial o Superior Tribunal de Justiça só decide sobre matéria infraconstitucional, salvo hipótese excepcional em que, durante o respectivo julgamento, emergja questão constitucional nova, ainda não apreciada pelo Tribunal local.

Fecho o parêntese.

.....
Para os efeitos aqui visados, interessam apenas os casos em que o Superior Tribunal de Justiça tem exercido sua competência de forma anômala. Aquelas nas quais, julgando causas que não são suas, o Superior Tribunal de Justiça se transforma numa terceira instância judicial, aumentando a duração das demandas e contrariando o devido processo legal (a reforma de um julgado com fundamento constitucional constitui, a um tempo, manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e uso impróprio do recurso especial).

O exercício dessa competência anômala prejudica o recurso extraordiná-

rio interposto no tribunal **a quo**, obrigando a parte a interpor novo recurso extraordinário em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da *mesma* questão constitucional, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 215.053-3, Ceará, Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti (DJU de 02.10.98).

Lê-se no voto-condutor:

“A despeito de formalmente afastar a admissibilidade do recurso especial para o efeito de exame da alegação de infringência da Constituição, a Turma do Superior Tribunal de Justiça, dele conhecendo e julgando-lhe o mérito a título de dirimir o dissídio jurisprudencial, claramente abordou a questão constitucional referente à auto-aplicabilidade do art. 202 da Carta Política”.

“Não havendo o Instituto recorrido da decisão proferida no recurso especial, inviável se torna o conhecimento do extraordinário interposto contra julgado regional, até mesmo porque caso o Supremo Tribunal ‘viesse a reformá-lo, nem por isso desconstituiria o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que o manteve, com trânsito em julgado, e por razões inclusive de ordem constitucional’, como sabiamente ponderou o eminente Ministro Sydney Sanches, na condição de relator do primeiro precedente citado no despacho ora agravado” (RE nº 189.710, DJ de 13.09.96 e Ementário nº 1.841-04).

Pode-se, nesse âmbito, o das causas que o Superior Tribunal de Justiça julga sem serem de sua competência, identificar três grupos de questões:

1º grupo – em que o desate da lide depende de saber se a lei anterior à Constituição Federal de 1988 foi recepcionada ou revogada por ela.

Durante muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o fenômeno da recepção, ou de sua contrapartida, o da revogação vertical (pela Constituição em relação à lei), poderia ser examinado em recurso especial. Na controvertida questão de saber qual o momento do fato gerador do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços na importação de mercadorias, decidiu iterativamente que, nesse tópico, o Decreto-Lei nº 406, de 1968, fora recepcionado pela Constituição Federal, não atribuindo validade ao que o Convênio ICMS nº 66, de 1988, dispôs no particular. Até que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo sua competência sobre o tema, decidiu o contrário.

2º grupo – em que o recurso especial alega que o julgado contrariou nor-

ma legal que repete norma constitucional (fenômeno a que me referi no EDREsp nº 71.964, SP, como hipótese de *clone* legal).

No Direito Privado são poucas as hipóteses que se assimilam, pura e simplesmente, ao texto constitucional, v.g., aquelas que dizem respeito ao direito de propriedade (Código Civil, art. 524), ao direito adquirido (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2º), entre outras.

No Direito Público, a situação é menos cômoda, porque há matérias que a Constituição Federal disciplina detalhadamente e essa matriz é copiada pela legislação ordinária, incluindo-se aí em destaque o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços. Em casos como este, a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário duplica a discussão em sedes diferentes, uma só delas, o Supremo Tribunal Federal, decidindo definitivamente a causa – e com essa peculiar circunstância de que o recurso especial e o recurso extraordinário, então, versam sobre a mesma matéria à base de idênticas razões, que só diferem na invocação das normas alegadamente contrariadas; num, textos de lei, noutro, da Constituição Federal.

Aqui a situação é mais difícil porque nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal tem posição unívoca a respeito.

A par de inúmeros julgados que examinam, por exemplo, a questão de direito adquirido, há no Superior Tribunal de Justiça outros que remetem seu exame para o Supremo Tribunal Federal. No REsp nº 2.309, SP, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, a egrégia Quarta Turma decidiu: “Tratando-se de alegação atinente à ofensa de ato jurídico perfeito e do direito adquirido, a questão é de natureza constitucional” (DJU de 18.02.91). No mesmo sentido, a egrégia 1ª Turma no REsp nº 101.132, PR, de que foi Relator o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros (DJU de 26.05.97).

No Supremo Tribunal Federal a prática tem sido a de enfrentar esse tipo de questão como se fosse constitucional. Todavia, há vozes dissidentes. No Agravo Reg em Agravo de Instrumento nº 195.616-1, RS, Relator o eminente Ministro Sydney Sanches, a egrégia 1ª Turma, reportando-se a decisão do eminente Ministro Celso de Mello, decidiu que, “embora a Constituição mencione a garantia do direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operaria por via reflexa” (STF - RDA nº 200/162, Ag nº 135.632 - DJU de 03.04.98).

Na decisão referida, o eminente Ministro Celso de Mello transcreve lição de **Rubens Limongi França**, o qual situou a questão nestes termos:

“A Constituição vigente determina simplesmente o respeito ao direito

adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não apresenta, como se deu com a Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim a Lei nº 3.238, de 1957, uma definição de Direito Adquirido. De onde a questão: o conceito de Direito Adquirido constitui matéria constitucional ou de caráter ordinário?” (Direito Intertemporal Brasileiro, p. 403/404, 2ª ed., 1968, RT) RDA nº 200, p. 164.

“A compreensão dessa questão jurídica” – concluiu, então, o eminente Ministro Celso de Mello – “situa-se, pois, em nosso sistema de direito positivo, em sede meramente legislativa. Sendo assim, e tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei, e nesta somente – enquanto **sedes materiaes** que é do tema ora em análise – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do exato significado da expressão direito adquirido.

É ao legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita entre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma do direito adquirido.

É de ter presente, por isso mesmo – e tal como enfatiza o magistério doutrinário (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I/129-156, 5ª ed., 3ª tir., 1980, Forense; Vicente Ráo, Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, tomo II/440-441, nota nº 305, 1952, Max Limonad) – a ampla discussão que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, muito influenciou o legislador ordinário brasileiro, em momentos sucessivos, na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou em seu texto a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3º), enquanto a LICC de 1942 prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6º), muito embora o legislador, com a edição da Lei nº 3.328/57, que alterou a redação do art. 6º da LICC/42 houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código (1916).

Essa circunstância basta para evidenciar, a partir de dados concretos de nossa experiência jurídica, que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que suscetível de ser veiculado em sede constitucional, submete-se, no entanto, de **lege lata**, ao plano estrito da atividade legislativa comum.

Desse modo, e ainda que a proteção ao direito adquirido assumira estatutura constitucional – consagrada que se acha em norma de sobredireito que disciplina os conflitos de leis no tempo (CF, art. 5º, XXXVI) – é irrecusável que a

definição dos **essencialia** que compõem o próprio núcleo conceitual de direito adquirido subsume-se, no delineamento de seus aspectos materiais e estruturais, ao exclusivo domínio normativo da lei comum.

Sendo assim, cumpre enfatizar que, no plano da dogmática jurídica brasileira pertinente ao conflito intertemporal de leis, a noção de direito adquirido sempre emergirá, no processo de reconhecimento de sua configuração conceitual, da análise, prévia e necessária, do preceito inscrito no art. 5º, § 2º, da LICC/42, que encerra, em seu conteúdo material, a própria definição do instituto em causa.

Conclui-se, portanto, que a alegada vulneração ao texto constitucional, acaso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal (LICC/42, art. 6º, § 2º)” (RDA nº 200, p.164/165).

Nas causas situadas nesse grupo, ocorre fenômeno inverso àquele acima referido (o da cumulação do recurso especial e do recurso extraordinário), e as partes correm o risco de não ter instância extraordinária, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, negando-se a examiná-las.

3º grupo – em que se alega incompatibilidade entre leis ordinárias (federais, estaduais ou municipais) e normas gerais de Direito Tributário estabelecidas por lei complementar ou pelo Código Tributário Nacional, que é uma lei ordinária com força de Lei Complementar.

Como se resolve a eventual incompatibilidade de lei ordinária (federal, estadual ou municipal) com uma ou mais normas gerais de Direito Tributário?

Talvez o Tribunal que tenha debatido mais exaustivamente a questão tenha sido o Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825, RS (RTFR nº 129, p. 335/367).

Seguindo a doutrina mais moderna, o Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, defendeu o ponto de vista de que a lei ordinária, nesse caso, é inconstitucional porque usurpa competência que a Constituição reservou para a lei complementar.

Votos-vencidos, no entanto, sustentaram se tratava de conflito que se resolvia pela prevalência da lei complementar, porque a lei ordinária não contrariava diretamente a Constituição Federal.

Na ocasião, disse o Ministro Bueno de Souza:

“À luz da orientação propugnada, até mesmo a sentença do juiz absolutamente incompetente seria, afinal de contas, inconstitucional ... (e, afinal, não deixa de ser, em tão amplos termos” (p. 350).

Já o Ministro Sebastião Reis aditou:

“... reportando-me aos subsídios trazidos pelo Ministro Bueno de Souza, embora, em princípio, todo conflito entre leis de hierarquia normativa diferente encerre uma infração ou ilegitimidade constitucional, o certo é que, no direito positivo brasileiro, **concessa venia**, só há de falar-se em controvérsia constitucional, quando a colisão da Lei menor com a Lei Magna se instaura direta e imediatamente, interpretação restritiva que se impõe, principalmente quando se considera nas cautelas constitucionais em torno da decretação do vício máximo e a tradição da nossa jurisprudência e doutrina no sentido de evitar-se o confronto com a Constituição, quando a discrepância pode ser dirimida num cotejo de normas infraconstitucionais” (p. 351).

O Supremo Tribunal Federal manteve o julgado no RE nº 101.084, PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 122, p. 394/398. De lá para cá nunca mais alterou tal entendimento, que é, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988.

No julgamento do RE nº 172.058-I, SC (DJU de 13.10.95), talvez na ocasião em que mais recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou a respeito:

“Neste recurso extraordinário, a União, alicerçada em ensinamento de **José Afonso da Silva** e olvidando conflito de maior envergadura, sustenta que a espécie resolve-se no campo da ilegalidade – denominada pelo ilustre Professor como ‘ilegitimidade constitucional’. A norma do art. 35 da Lei nº 7.713/88 teria implicado, quando muito, ou seja, diante das premissas do acórdão atacado, a incompatibilidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional.” ... “O caso resolve-se não sob o ângulo da harmonia ou conflito do citado artigo 35 com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, mas em face à regra inafastável da alínea a do inciso III do artigo 146 da Carta Política, segundo a qual cabe à lei complementar a definição de tributos e espécies, bem como em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Não vinga, assim, o que articulado pela União, muito embora formalizado a partir de lição, a toda evidência inadequada à espécie, do inigualável **José Afonso da Silva**.”

À época em que essa jurisprudência se formou, isto é, antes da Constituição

Federal de 1988, decidir que a matéria encerrava inconstitucionalidade, e não ilegalidade, só tinha reflexos nos tribunais locais, que para reconhecer o conflito entre as normas estavam sujeitos ao princípio da reserva do Plenário, previsto no artigo 97 da Constituição Federal, a cujo teor só a maioria dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial, onde houver, pode declarar a inconstitucionalidade de lei.

Agora, essa jurisprudência passou a definir o recurso cabível, se o extraordinário ou o especial, e por via de consequência qual o Tribunal competente, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça. E atribui ao Superior Tribunal de Justiça um papel muito pequeno em matéria tributária.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça não compreendeu ou preferiu ignorar o significado dessa jurisprudência, constando do seu acervo dezenas de casos diferentes em que a questão estava centrada exclusivamente na compatibilidade ou incompatibilidade entre leis ordinárias (federais, estaduais ou municipais) e normas gerais de Direito Tributário integradas no Código Tributário Nacional. Algumas decisões foram confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, outras não – em ambos os casos evidenciada a impropriedade do recurso especial e a incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Tudo porque, então, seu julgamento não foi de última instância, mas de uma terceira instância não prevista no texto básico.

Atualmente, o sintoma de que estão funcionando mal, porque não estão decidindo em última instância, já foi percebido pelas Turmas de Direito Público (a 1ª e a 2ª) – com reações diversas. A 1ª Turma tem sido casuísta; deixa de conhecer dos recursos especiais, tão logo a matéria neles versada tenha sido decidida em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Já a 2ª Turma tem procurado se orientar pelos princípios; constatando que a matéria é de natureza constitucional, não conhece do recurso especial, tenha ou não sido objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal.

Bem por isso, a 2ª Turma nunca examinou, por exemplo, a questão de saber se o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.200, de 1991, é compatível com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, enquanto aquela tem decidido a matéria, que já está em curso de julgamento no Supremo Tribunal Federal se pronuncie (RE nº 201.465-6, MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Por um ou por outro caminho, fica claro que, mantida a orientação do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, com maior ou menor prazo, não conhecerá de recursos especiais em que se discuta a compatibilidade de leis ordinárias com normas gerais de direito tributário.

Nem todos os artigos do Código Tributário Nacional encerram normas gerais de Direito Tributário, e mesmo algumas normas gerais de Direito Tributário

são aplicadas pelo juiz, sem o contraste com as leis ordinárias (v.g., arts. 108 e 109), de modo que, nesses casos, o respectivo exame se dá em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Mas a tendência é, realmente, a de que a aplicação das normas gerais de Direito Tributário, nisso se subsumindo grande parte do Código Tributário Nacional, seja decidida em recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já não conhece de recursos especiais em que se discute a Taxa de Limpeza Pública do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 11.152, de 1991) atende os requisitos de especificidade e divisibilidade previstos no artigo 77 do Código Tributário Nacional.

O efeito maior de tudo isso será o agravamento da crise por que passa o Supremo Tribunal Federal, às voltas com uma quantidade invencível de trabalho. De certo modo, um efeito que ao menos depois da Constituição Federal de 1988 ele poderia ter evitado se aplicasse à hipótese o critério que segue nas demais, isto é, o de que o recurso extraordinário só é cabível por ofensa direta à Constituição. Enquanto nos casos apontados a ofensa só é percebida após o confronto da lei ordinária com a lei complementar. Sem desmerecer a jurisprudência assentada ainda na vigência da Constituição Federal de 1988, fundada em doutrina da melhor qualidade, talvez fosse o caso, no novo regime, de fazer uma distinção irrelevante no anterior, entre *questão constitucional* e *questão constitucional sujeita a recurso extraordinário*; o conflito entre lei ordinária e lei complementar não seria, então, uma questão constitucional sujeita a recurso extraordinário.

A incompatibilidade de uma lei ordinária com uma lei complementar seria uma questão constitucional para os efeitos do artigo 97 da Constituição Federal, isto é, o juízo de inconstitucionalidade da lei ordinária só poderia ser pronunciado pela maioria do Tribunal ou de seu Órgão Especial, mas não seria uma questão constitucional para os efeitos do recurso extraordinário, porque, nesse caso, a lesão à Constituição Federal seria *indireta*.

A Arbitragem: Direito Processual da Cidadania

José Augusto Delgado

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

A sociedade jurídica contemporânea busca encontrar, com urgência, soluções para atenuar a denominada crise na demora da entrega da prestação jurisdicional. As influências econômicas, financeiras, sociais e de sentimentos voltados para a vivência coletiva em um estado de paz, com um panorama determinante de diminuição de conflitos, têm contribuído para que o homem conscientize-se da necessidade de um melhor relacionamento com o seu semelhante, quando busca encontrar atendimento aos seus interesses legítimos.

A aproximação do século XXI tem levado os doutrinadores da Ciência Jurídica a refletirem sobre a urgente necessidade do Processo ser instrumento concreto de resultados positivos para o cidadão, afastando a possibilidade de, ao ser utilizado para buscar a solução dos conflitos, provocar angústias, desesperanças, desconforto e não credibilidade.

Forma-se, também, uma consciência doutrinária de que não deve se entregar ao Estado, de modo absoluto, a responsabilidade para resolver as desavenças decorrentes dos relacionamentos humanos e das pessoas jurídicas. Há da sociedade, por via dos seus estamentos mais categorizados e organizados (Sindicatos, Associações, Clubes de Vizinhança, Igrejas, Universidades, etc.) contribuir para que se estabilizem os distúrbios decorrentes de querelas individuais ou coletivas, impondo, com força coercitiva e definitiva, decisão representativa do direito aplicado ao caso.

Não há como deixar sem reconhecimento o fato de que a sociedade atual vive, com profunda intensidade, uma corrente formada por inquietantes fatos econômicos, políticos, educacionais, morais e políticos que se envolvem em um processo de globalização para cujos efeitos o Estado não estava preparado. Tais fenômenos são causas da abertura e permanência da instabilidade constatada no dia a dia dos estamentos componentes dos grupos coletivos, exigindo, conseqüentemente, que a Ciência do Direito, por ser ela voltada para impor regras impositivas de uma convivência pacífica entre

os homens, apresenta comandos que provoquem a sonhada harmonia e paz social.

Em face da multiplicidade dessas situações, cujo crescimento está ocorrendo de modo geométrico, há uma exteriorizada e acelerada provocação ao Estado, para que pelo caminho do Direito, apresente soluções válidas, eficazes e efetivas que encontrem os anseios de justiça buscados pelo cidadão.

Comprova-se, em decorrência dessas configurações excepcionais vividas neste final de século XX, que nunca se exigiu tanto do cientista do Direito e da atuação do Estado como se está a fazer no momento atual. A comunidade pretende, com tal exigência, alertar aos responsáveis pelo destino das Nações que não deixe a sucessividade desses fatos conflitantes alcançar um patamar impossível de ser controlado, pelo que urge a adoção de um regramento legal capaz de impor segurança na convivência do homem com o homem, do homem com o grupo social, do grupo social com os vários segmentos que o compõe, dos estamentos sociais entre si, enfim, do homem e do grupo social com o Estado, este voltado, em qualquer de suas ações, para os postulados defendidos pelo regime democrático.

O certo é, conforme penso, que o operador do Direito da atualidade não pode se entregar a um estado de perplexidade e deixar se envolver pelo desalento. A ele cabe aprofundar a pesquisa científica e, diante da realidade que se lhe apresenta, sugerir aos responsáveis pelas funções estatais que, em toda a sua extensão, os direitos componentes da cidadania e do respeito à dignidade humana sejam alcançados.

Não faço parte da corrente que acredita na crise do Direito. Pelo contrário. Sei que a Ciência Jurídica convive, com algumas perplexidades, na atual fase de mudança de século, com os maiores avanços tecnológicos, porém, ela não deixa de apreciá-los e busca, com grande esforço, regular os efeitos produzidos em face do ser humano.

Por entender como acima está expressado, repito pensamento já manifestado em outras oportunidades, de que o Direito de hoje não vive indiferente aos processos de desenvolvimento científico-tecnológico e se dedica, com intensa participação, em tudo que possa ocorrer, por exemplo, no funcionamento das usinas nucleares e no mundo da informática. A mesma dedicação e o mesmo interesse dedica aos problemas outros que estão afetando a sociedade, em decorrência da inércia dos agentes administrativos públicos, por ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”(art. 3º, IV, CF).

A doutrinação que se faz é voltada para a defesa e demonstração de que há

absoluta necessidade e conscientização do jurista de que o Direito há de evoluir de forma sistematizada, para que as suas normas produzam, após serem interpretadas e aplicadas, eficácia e efetividade para o bem-estar da cidadania.

Os operadores do Direito têm exemplos a seguir. Convém, no particular, registrar, pela oportunidade e necessidade da citação, a servir como meditação para as gerações atuais e futuras, o que relata, com absoluta precisão, **Roberto Romano**, em artigo denominado “O Perigo Fascista”, após mostrar como os intelectuais atuaram após a Segunda Guerra Mundial:

“Duas instituições garantiram os militantes intelectuais: o Judiciário e a Imprensa. Quando a ONU falhou na arbitragem internacional, pensadores com acesso aos periódicos instalaram tribunais simbólicos para substituí-la. Lembremos **Bertrand Russel**: ridicularizado, ele conseguiu, graças ao apoio jornalístico, apressar o fim de um genocídio. Só foi possível agir em nome da humanidade, sem a ONU complacente, porque na hora exata dos atos os ‘juízes’ afoitos tiveram proteção contra os governantes e sua polícia. A imprensa, na sua parte sã, continua lutando em favor das liberdades. Os leitores graves sabem que ela sofre perseguições dos poderes econômicos, políticos, militares. No outro pólo, ainda existem juízes íntegros. Muitos deles são mortos, destituídos, vilipendiados. Não raro, eles vivem na pior solidão, quando seus pares mais timoratos inclinam-se diante da força pública ou particular (Máfia, Sendero, etc.).

Se a Imprensa e o Judiciário – com as falhas inerentes às instituições plurais – continuam atenuando a barbárie, algo ocorreu com a intelectualidade. Além da Anistia Internacional e de algumas organizações corajosas, o silêncio é quase absoluto no reino do espírito”.¹

No presente, no campo da ciência jurídica, nos deparamos com cérebros bem comportados e evoluídos que nos levam a deduzir que o bom não é se adotar atitudes moderadas, mas, sim, avançar na sugestão de soluções que se harmonizem com os problemas vividos pela humanidade.

Convicto estou de que o jurista nunca fica na contramão da história quando se põe na defesa da liberdade e dos direitos mais proeminentes da cidadania. Ele nunca frustra a confiança e as esperanças que a Nação tem em seus pensamentos e formulações científicas, especialmente, quando ele tem compro-

1. **Roberto Romano**, in *O Perigo Fascista*, artigo publicado na Folha de S. Paulo, em 16.04.1991, Cad. I, p. 3.

missos com os princípios da democracia. Ele foi e será sempre o evoluído mensageiro voltado para combater o desrespeito à dignidade humana, especialmente, quando tal ocorrência se concretiza por parte da ação ou omissão do Estado.

A história da Ciência Jurídica nos mostra que através dela foram conquistadas regras novas e atuais para as relações humanas, onde o respeito mútuo é dignificado e se estabelece um sistema de diálogo e franqueza entre os estamentos em conflito, conduzindo a resultados queridos pelo sentimento de um povo.

Sei que, em muitas ocasiões, o jurista vive em estado de utopia. Ele, em quase todas as posições assumidas, envolve-se com os pensamentos de **Thomas Morus**, escritor inglês (1480-1535), e cria um país, embora imaginário, onde um governo, organizado da melhor maneira, proporciona ótimas condições de vida a um povo equilibrado e feliz, por nele vigorarem normas e/ou instituições políticas altamente aperfeiçoadas.

Ocorre que até o jurista necessita ter a sua utopia. Relembro, a respeito, um pensamento exposto por **Ariano Suassuna**, ao ser entrevistado por Wellington Faria, conforme noticiado em jornais paraibanos. O entrevistador quis saber de **Ariano Suassuna** qual será a utopia universal deste final de século, sobretudo no sentido político. O ilustre escritor nordestino, demonstrando a sua visão cosmopolita dos acontecimentos culturais e sociais da nossa época, respondeu:

“Se não existisse, deveria existir. Teria que ser criada, porque o homem não pode viver sem um sonho. O homem não pode viver sem um sonho de melhoria, e este sonho para mim existe, de uma sociedade justa e fraterna, como até hoje não foi feita. Veja você que os regimes ditos liberais, burgueses, privilegiaram a liberdade em detrimento da justiça. O socialismo marxista, que no meu entender, é uma deturpação do socialismo, privilegiou a justiça e a igualdade em detrimento da liberdade. Mas, infelizmente, em ambos os casos foi sempre a liberdade para uma minoria e justiça para a minoria. Até hoje não se conseguiu fazer organizar uma sociedade na qual a liberdade e a justiça tivessem o mesmo valor para a esmagadora maioria. Esse sonho é tão velho quanto o homem e será ele quem tem de nos guiar nessa abertura do terceiro milênio.”

Influenciado pelas afirmações acima destacadas, escrevi antes²:

2. Em A Evolução do Direito na Era Contemporânea, de minha autoria, trabalho apresentado aos Mestrados da Universidade Federal do Ceará.

“As afirmações de **Ariano Suassuna** representam o sentimento nacional, vontade querida de uma coletividade, desejada e longe, porém, de ser alcançada. Por essa razão, é que se põe como meta primordial da ciência jurídica se impor, cada vez fortemente, como um dos instrumentos de pressão para que haja a pregada transformação que a sociedade está a exigir e que se constituirá numa das facetas da quarta onda já pregada por **Toffler** em sua obra *Transformações do Poder*.

Não posso deixar de ser conduzido, no instante em que me detenho sobre o tema ‘do Direito buscar, com maior profundidade, o equilíbrio social’, fazendo uso do seu instrumento científico, a examinar o texto da Carta Magna de 1988, que prega a necessidade de se transformarem em realidade as conquistas sociais que nela estão postas, de modo solene e imperativamente, a partir do seu próprio preâmbulo, cujos termos já transcrevi em parágrafo anterior.

A seguir, sou tentado a imprimir louvores aos princípios fundamentais, registrados entre os artigos 1º e 4º, sem deixar de ressaltar o nível das conquistas pregadas pelo Título II, comandado pela denominação ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’.

Repito, que a nação brasileira quer e exige que o seu atuar e desenvolvimento tenham como pilstras fundamentais as regras que implicam na constituição de um Estado Democrático de Direito, com respeito integral a fatos que desemboquem na prática da soberania, no aplicar dia a dia, hora a hora, de todos os elementos que encerram o conceito de cidadania; que haja no comportamento do Poder Público e no de cada indivíduo integral reverência à dignidade da pessoa humana; que se tenha como fato relevante a pauta dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tudo se desenvolvendo dentro de um sistema de pluralismo político. Por crer na mensagem do homem, especialmente, do homem cidadão-político, cuja expressividade maior se apresenta quando se torna responsável pela promulgação de uma Constituição, e por crer, com a mesma intensidade, na força do direito, é que defendo a construção de leis e a adoção de interpretação das já existentes que façam tornar realidade os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e que estão descritos, com toda a potencialidade de princípio fundamental constitucional no art. 3º, da forma seguinte:

‘Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.’

Por tais razões, deve o Direito encontrar seus próprios caminhos e, através dos responsáveis pela sua aplicação (que são os homens pensadores e construtores de realidades concretas nascidas de hipóteses), ser a força capaz de implantar o equilíbrio social, tudo fazendo para que o seu regramento positivo não seja simples utopia, transformando-se, o que não é o desejado, em sonho enganador de uma civilização e veículo frustrante dos anseios de uma geração.”

As razões determinantes da introdução ora feita se centram na necessidade de se destacar a importância que a arbitragem assume no cenário jurídico nacional como via hábil a atender às necessidades urgentes vividas pelo homem em sociedade de se beneficiarem de um modo rápido, eficaz e econômico para solução dos seus conflitos de ordem jurídica. Consagra-se, assim, a arbitragem como sendo instrumento da abertura de uma nova fase do Direito Processual Brasileiro, haja vista ela apresentar-se como entidade possuidora de objetivos harmônicos com os desejos da cidadania.

A arbitragem surge no Brasil em um momento em que há uma grande preocupação com o custo produzido pelas questões judiciais, contribuindo para diminuir a produtividade dos investimentos.

É de suma importância se apreciar, com o máximo de cuidado e reflexão, o inteiro teor do artigo “O preço de recorrer à Justiça”, da autoria de **Maria Clara R. M. do Prado**, publicado na Gazeta Mercantil, de 3 de novembro de 1998, p. A-3, conforme transcrevo:

“Enquanto as tardias reformas básicas – da previdência social e do sistema tributário – continuam em discussão no Brasil, outros países avançam mais rapidamente. Na Argentina, já foi ultrapassada a etapa das mudanças mais elementares. Sob o monitoramento do FMI, com quem têm acordo de longo prazo, os argentinos atingiram a fase da reforma das instituições. O Poder Judiciário tem sido ali o principal alvo.

O tema nem sequer é mencionado entre as prioridades do governo brasileiro. Até se entende que nem valeria a pena mexer agora em nova casa de maribondo antes de um compromisso naquilo que é mais urgente.

Não quer dizer, porém, que o meio acadêmico e os economistas estejam totalmente alheios ao assunto. Não estão.

Na verdade, poucos sabem que uma metodologia desenvolvida no Brasil para medir os custos da ineficiência do Poder Judiciário foi utilizado no Peru e está em via de ser aplicada pelos governos da Colômbia e do México.

O economista Armando Castelar Pinheiro, do BNDES, e os cientistas políticos Bolívar Lamounier e Maria Tereza Sadek, do Idesp, desenvolveram um método de pesquisa que busca avaliar junto aos empresários quanto custa usar a justiça no Brasil.

Por detrás está a idéia de que a economia de um país se torna mais eficiente quanto mais sérias, organizadas e rápidas em suas decisões for a atuação das instituições.

Em seu trabalho, Castelar cita uma pesquisa feita por Gerald Scully enfocando o impacto das instituições nos níveis de eficiência e taxas de crescimento. Ele aplicou a pesquisa em 155 economias de mercado.

A conclusão é que países com boas instituições (isso abrange não apenas o Judiciário, mas também o sistema político) crescem três vezes mais rapidamente em termos **per capita** do que aqueles com instituições mais frágeis.

O trabalho de Castelar limita-se ao Poder Judiciário. Baseia-se na suposição generalizada de que mais importância passa a ter a justiça depois que os países abrem suas economias ao exterior, que promovem a privatização e passam a funcionar à mercê das regras do mercado.

Nesse estágio, o contrato formalizado entre as partes passa a ser fundamental. Os negócios tendem a crescer quando as partes têm certeza de que poderão contar com um sistema judiciário eficiente em caso de dúvida ou de disputa.

É como se as partes se sentissem mais seguras do que poderão esperar pela frente. O risco de o negócio não dar certo cai quando há percepção de que qualquer problema poderá ser rapidamente resolvido na Justiça. No caso dos investimentos em infra-estrutura, por exemplo, de grande prazo de maturação, confiar no Judiciário pode fazer toda a diferença.

Há evidências, também, de que a difusão da tecnologia tende a crescer quando o empresário sente que a propriedade intelectual será devidamente protegida judicialmente em caso de conflito.

Outras conseqüências são listadas. Castelar comenta que parte dos *spreads* (taxa de risco) cobrados pelos bancos no Brasil está diretamente relacionada à ineficiência do Poder Judiciário.

‘Há dois impactos aqui: primeiro o da morosidade do Judiciário, já que uma cobrança judicial para reaver as garantias pode levar de oito a dez anos; além disso há o peso do custo administrativo que os bancos incorrem por manter todo um departamento de advogados encarregados de acompanhar os longos processos que se arrastam na Justiça’, diz.

É muito difícil medir matematicamente o custo da ineficiência do Poder Judiciário.

Há o custo oculto da lentidão. Representa os negócios e contratos que deixam de acontecer porque o sistema é falho.

As pessoas fazem as contas, percebem ‘que qualquer problema levará uma eternidade para ter uma decisão na Justiça.’ Preferem colocar o dinheiro em uma aplicação financeira ao invés de arriscar em empreendimento que pode dar dor de cabeça.

A expectativa sobre um valor a ser recebido no futuro é mais baixa quanto maior for a taxa de juros.

Na pesquisa aplicada por Castelar junto a empresários, prevaleceu a opinião de que em termos de agilidade o Judiciário brasileiro é ruim. De 595, nada menos do que 540, ou 90,8%, apontaram aquela resposta.

Ajuda a explicar porque 60% dos processos judiciais hoje envolvem de alguma forma a União, o INSS e o governo do Estado de São Paulo. O cidadão aqui não tem escolha, mas a demora atinge a todos.

Criou fama a decisão judicial tomada em 1996 pela qual o time do Botafogo pôde finalmente celebrar a vitória do campeonato de 1907. Poucos torcedores da época puderam celebrar.”

Manifestações dessa natureza justificam, por si só, as razões que determinam a apologia da adoção da arbitragem em nosso sistema de solução de conflitos.

A arbitragem: direto de quarta geração

O Direito Processual Civil, no decorrer dos últimos cem anos, alcançou o seu apogeu científico, especialmente, neste final de século. Não se pode deixar sem reconhecimento a fortaleza dos princípios que o regem, tudo em decorrência dos resultados obtidos pelas investigações científicas na busca de encontrar a melhor estrutura para o seu funcionamento.

Estarrecedor, porém, é a constatação, especialmente, no Brasil, de um fato que causa profundas preocupações ao jurista. Tal se caracteriza pelo retrato de que

quanto mais avançou a Ciência do Direito Processual mais ela se afastou dos anseios do cidadão. O seu envolvimento com princípios burocráticos levou-a a se afastar da adoção de uma metodologia de caráter gerencial e com resultados compatíveis com as reais necessidades de urgência impostas pelo mundo contemporâneo no referente à solução dos conflitos.

O Direito Processual Civil, na verdade, esqueceu-se de que ele é instrumento para servir ao cidadão na busca de se identificar com a paz. É apenas caminho e que necessita ser trilhado com segurança e rapidez.

As idéias de **Norberto Bobbio** não chamaram atenção desse campo do direito formal. O seu apego aos rigores da ciência, o que se justifica pela necessidade de sua afirmação, afastou a sua preocupação de que, neste final de século XX, o jurista há de se preocupar, de modo intenso, com o respeito aos direitos do homem.

Considere-se, em razão do afirmado, o registro de que **Norberto Bobbio**, na obra intitulada *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, observa com absoluta precisão, por dominar inteiramente o campo explorado pela sua inteligência, que o homem do mundo atual está a exigir maior consciência da justiça, por aumentarem as situações em que os Direitos dos Homens são desrespeitados.

As novas dimensões do direito que são perseguidas por **Norberto Bobbio**, na obra referida, foram examinadas pelo Professor Vicente Barreto, da Universidade Gama Filho e da UERJ, em campo de filosofia política, em artigo publicado no *Caderno/Idéias*, publicado pelo *Jornal do Brasil* de 21.03.92, de onde destaco a afirmação de que:

“A leitura do livro do professor **Bobbio** permite que se possa redimensionar o significado e a abrangência dos direitos fundamentais da pessoa humana, passados mais de 200 anos das primeiras declarações de direitos do homem e do cidadão. Nesses dois séculos, ocorreu um processo de explicitação de valores morais da humanidade, que para **Bobbio** faz com que o atual debate sobre os direitos do homem possa ser interpretado como um ‘sinal premonitório’ desse progresso moral. **Bobbio** sustenta que, independentemente da discussão sobre o que se entende por moral, houve na doutrina dos direitos do homem uma grande evolução, ainda que submetida a negações e limitações.”

A leitura vagarosa da obra de **Bobbio** revela, o que é bem destacado por Vicente Barreto, no artigo já citado, que a palavra “direitos” vem sendo usada somente com o efeito de se atribuir dignidade a ideais que, na prática, não são respeitados. Suficiente para se confirmar quanto irrepreensível é essa afirmação,

basta ver o quadro levantado por Vicente Barreto, no curso do artigo citado, de países que, atualmente, se encontram desrespeitando flagrantemente os direitos humanos.

A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa a consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição.

Tenho que a arbitragem é um direito processual de quarta geração. Ele se contrapõe aos sistemas até então adotados para solução de conflitos, onde a presença do Poder Judiciário era considerada indispensável.

O Direito Processual de primeira geração caracteriza-se pelo profundo apego ao formalismo, com regras inspiradas em aumentar o grau da segurança jurídica, porém, possibilitadoras de manobras processuais que favoreciam, especialmente, ao litigante de maior poder aquisitivo e que tinha interesse em fazer demorar o resultado da demanda.

O Direito Processual de segunda geração é representado pelo sistema que tentou, embora não tenha conseguido, romper com a burocracia processual. O seu mérito consiste em ter abolido determinadas formalidades processuais inúteis e ter consagrado a figura do juiz ativo, isto é, comprometido com o apanhado das provas e com a justiça da decisão.

O Direito Processual de terceira geração é o que enfatiza a necessidade de se prestigiar as ações coletivas, especialmente, na proteção dos direitos difusos, estes voltados à proteção do meio ambiente, paisagístico, do consumidor, etc.

Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhaça. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva.

Em “Acesso à Justiça – Direito Constitucional do Cidadão”, de minha autoria, escrevi:

“Cristaliza-se no âmbito do moderno Direito Constitucional a idéia de que o acesso à Justiça pelo cidadão se constitui um direito fundamental a ser protegido pelo Estado.

Fiel a essa evolução garantidora da cidadania, a nossa Carta Magna de 1988, seguindo tradição anterior, consagrou o acesso à Justiça, com esse teor axiológico, de modo explícito, ao determinar que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV) e que ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’. (art. 5º, LXXIV).

O final do século XX tem revelado uma constante preocupação da comunidade jurídica com o direito do cidadão de buscar, no âmbito do Poder Judiciário, a solução para a entrega rápida da prestação jurisdicional, hoje erigida, em nosso ordenamento legal, como direito substancial de natureza individual ou coletivo. A eficácia da prestação jurisdicional, ao lado da rapidez, tem sido, também, uma garantia do cidadão que se consagra como de natureza elevada no corpo de qualquer Carta Magna.

O legislador ordinário, preocupado em aprimorar o acesso à Justiça, pela constante reivindicação que em tal sentido é feita pela sociedade, tem criado ambiente de proteção à exequibilidade desse direito fundamental. Destaque merece, no particular, a conduta legislativa posta, como princípio, nos artigos 2º e 9º da Lei nº 7.244/84 e nos artigos 5º, IV, e 6º, VII, da Lei nº 8.078/90, visando a facilitar o ingresso das partes na via judiciária e a rápida solução dos litígios.

O denominado direito constitucional à jurisdição tem sido defendido, no campo doutrinário, como sendo o mais ‘fundamental das obrigações estatais, cujo relevo é incontestado para que o indivíduo veja garantidos todos os seus direitos reconhecidos normativamente’.

Essa a razão pela qual a doutrina contemporânea tem se preocupado, com forte intensidade, em abordar o tema e a difundir as idéias construídas a respeito, no sentido de sensibilizar o Estado para o cumprimento dessa suprema garantia do direito do cidadão.

Releva notar que a publicação de *Acess to Justice*, Milão, Giuffrè, 1978, em seis volumes, da autoria de **Mauro Cappelletti** e outros, representa um marco inovador na abordagem do assunto, a se considerar a mensagem fixada na obra de serem estabelecidas regras jurídicas, a partir da Constituição Federal de cada nação, que contenham real efetividade no garantir o acesso à Justiça.

Não se pode deixar de registrar que o tema já tinha sido tratado por outros autores. Não obstante o valor das idéias plantadas e as reivindicações apresentadas para se buscar um aperfeiçoamento no tocante ao acesso do jurisdicionado à Justiça, tenho que, só a partir dos últimos três decênios deste século, com o aumento da preocupação das Constituições Modernas

com o cidadão, é que se formou uma conscientização metodológica sobre tal direito.

Nas meditações de Carmen Lúcia Antunes, a garantia do acesso aos órgãos jurisdicionais tem merecido uma abordagem constante, o que a levou a afirmar, com absoluta propriedade que “O primeiro passo para que a jurisdição seja um direito vivo é a garantia plena, facilitada e desembaraçada do acesso de todos aos órgãos competentes para prestá-la. A jurisdição é direito de todos e dever do Estado, à maneira de outros serviços públicos que neste final de século se tornaram obrigação positiva de prestação afirmativa necessária da pessoa estatal. A sua negativa ou a sua oferta insuficiente quanto ao objeto da prestação ou ao tempo de seu desempenho é descumprimento do dever positivo de que se não pode escusar a pessoa estatal, acarretando a sua responsabilidade integral.”

Inspirado em tais ensinamentos, ousou firmar o entendimento de que qualquer dificuldade imposta pelo Estado ou surgida de sua atuação ineficiente no campo da entrega da prestação jurisdicional, quer ocorra no momento inicial do acesso à Justiça, quer ocorra na demora em decidir a causa, desde que ocasione dano ao jurisdicionado, gera responsabilidade civil.

O Estado na época contemporânea não pode amesquinhar a natureza da função jurisdicional. Consciente dessa realidade, afirmei, no ano de 1983, em trabalho identificado na nota abaixo que “Não há, portanto, que se polemizar, na atualidade, sobre a responsabilidade potencializada do Estado em assegurar aos indivíduos as condições necessárias para a consecução do bem comum. Para tanto, entre outras atividades que desenvolve, há de ser elencada a de entregar a prestação jurisdicional dentro dos prazos e limites que o sistema jurídico positivo instituiu. No particular, destaque-se que tal dever surge como consequência do princípio da legalidade, dogma a que está vinculada toda a ação estatal, por ser certo o axioma de direito de que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, por aquele que a fez. Sendo a lei uma regra de conduta genérica oriunda do Estado, a este cabe o dever do seu integral cumprimento.”

Mais adiante, no mesmo trabalho, acrescentei:

“A essência da atividade jurisdicional é ‘aplicar contenciosamente a lei a casos particulares’, no dizer conhecido de Pedro Lessa. Acrescento, apenas: visando a estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador. No contexto do que seja bem comum, não é possível afastar a exigência de uma convivência pacífica entre os indivíduos, situação a que o

Estado está obrigado a garantir, quer aplicando fisicamente a lei, em o contraditório jurisdicional, função do Executivo, quer contenciosamente, modo pelo qual atua o Poder Judiciário.”

Carlos Mário Velloso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, no trabalho *Princípios Constitucionais do Processo*, escrito em memória do Ministro Carlos Coqueijo Torreão Costa, enfatiza que **Mauro Cappelletti** e **B. Garth** acentuam que os países ocidentais têm-se não só se esforçado no sentido de afastar os óbices ao acesso à Justiça, como, também, procurado estimular esse acesso, proporcionando, principalmente, serviços jurídicos para os necessitados que, ‘na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. (Em nota de pé de página registra a fonte da citação: “**Cappelletti, Mauro; Garth, B.** Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, pp. 31-32)”.

Ao Estado não é permitido criar nenhuma barreira que dificulte o acesso do cidadão ao Judiciário. Deve facilitar a atividade daqueles que procuram o órgão julgador, considerado, na atualidade, como a última trincheira a ser ocupada para que se possa, com o uso dos instrumentos que a compõem, solucionar os ataques aos direitos individuais e coletivos.

A garantia desse direito se constitui em forma expressiva de se valorizar a cidadania, fato que, em todas as civilizações, está sendo reconhecido como uma das grandes conquistas em benefício do homem a ser cultivada, de modo profundo, no próximo século XXI.

Os fluidos dessas idéias levaram a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais a reconhecer, de modo explícito, no texto do art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.

A arbitragem busca valorizar o princípio constitucional acima destacado. Ela, na atualidade brasileira, de acordo com o que dispõe a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, preenche vazio cultural jurídico até então existente em nosso sistema processual. Caracteriza-se como instrumento processual constituído de princípios que se harmonizam com as exigências de desenvolvimento econômico, financeiro e social presentes neste final de século XX, onde o tempo passou a ser fator considerado na realização dos negócios por exercer influência positiva ou negativa em seus resultados.

Dada a sua importância no cenário institucional processual, há de ser

cultuada com intensa profundidade, a fim de se firmar uma cultura que leve os variados setores da sociedade a aceitá-la e nela confiar.

Com absoluta razão, a respeito da necessidade de ser criada uma cultura da arbitragem no País, as observações feitas por **Cláudio Vianna de Lima**,³ em artigo publicado no *Correio Braziliense*, caderno “Direito & Justiça”, de 27 de julho de 1998, no sentido de que:

“Até o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a arbitragem foi, notoriamente, maltratada pelo Direito Positivo, no Brasil. A consequência é a falta de uma prática do instituto e de uma ‘cultura arbitral’ em nosso país. Não se acredita na arbitragem. Só se admite a justiça feita pelo Estado, nada obstante a crise universal, do Judiciário, a delonga das decisões judiciais, a injustiça manifesta que representam as decisões retardadas, a conseqüente inocuidade, na maioria das vezes, dessas sentenças e a impunidade freqüente de infrações penais.

Os ensinamentos colhidos no exterior sinalizam na direção e uma pesada campanha de *marketing* para mudanças de mentalidade geral e garantia de que, com a nova lei, se vá, efetivamente, alcançar a série de benéficos efeitos de arbitragem, à semelhança de outros países.

Assim, foi recomendado em recente encontro em Barcelona (designado Euramer), promovido pela Associação Ibero-Americana de Câmaras (ou associações) Comerciais – Aico, e se instituiu em encontros preparatórios e no próprio Congresso da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial – Ciac, organizado pela Associação Comercial do Rio de Janeiro, em maio de 1997.”

O fortalecimento da arbitragem, no Brasil, depende, unicamente, ao meu entender, da formação de uma cultura para a sua prática. Para tanto, há necessidade da divulgação dos propósitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, enfatizando-se os seus princípios e regras nas Universidades, nos Sindicatos, nas Associações Comerciais, nas Associações de Bairros e demais órgãos públicos e privados da sociedade.

Há, também, de se educar a população para o atual estágio da denominada entrega da prestação jurisdicional, quando não mais se constitui privilégio absoluto do Estado a responsabilidade pelo seu manejo.

Há de se ter em consideração que os direitos e garantias fundamentais vis-

3. Cláudio Vianna de Lima, Desembargador aposentado do TJ/RN e membro da Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro.

tos na era contemporânea não podem receber interpretação idêntica à que se fazia em épocas passadas. Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento.

O juízo arbitral, na forma concebida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, não vai de encontro aos princípios da jurisdição única ou da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), da essencialidade do juiz natural, com banimento do juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII) e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Tais direitos e garantias são fundamentais para o cidadão. Eles continuam sendo respeitados pela arbitragem em sua total integridade, haja vista que ela é, apenas, caminho encontrado, com apoio na lei, pela vontade das partes, expressando com liberdade o seu querer, de solucionar os conflitos.

Não se pode deixar sem consideração que a solução dos conflitos é o objetivo maior a ser alcançado pelo Estado brasileiro, conforme disposto está no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao assim dispor:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e contemporânea, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Ora, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, está a síntese dos objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado brasileiro, entre eles o de proporcionar aos administrados uma convivência baseada na harmonia social e na solução pacífica das controvérsias. Evidente que, em face de tal posicionamento do constituinte brasileiro, não se entregou, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional.

O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” não invalida o disposto no art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, ao determinar que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se de arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” No dispositivo em apreço há uma faculdade outorgada ao cidadão capaz de contratar e de dispor a respeito do seu patrimônio. Não consta qualquer impedimento do litígio deixar

de ser apreciado pelo Poder Judiciário. O artigo comentado respeita, conseqüentemente, a manifestação da vontade do cidadão, valorizando a sua dignidade humana, em face do que dispõe o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, cuja redação transcrevo:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I -
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV -
- V - o pluralismo político.”

A solução dos conflitos por meios alternativos processuais, como é o caso da arbitragem, que atua, apenas, no campo patrimonial, constitui, portanto, um direito subjetivo fundamental do cidadão e que merece o apoio de toda a comunidade jurídica. Esse entendimento decorre da interpretação sistêmica da Constituição Federal, quando vincula-se a mensagem contida em seu preâmbulo, na parte que prega a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, com os arts. 1º, II e III, e 5º, inciso XXXV, da mesma Carta Magna.

Há plena liberdade do homem em situação de conflito patrimonial optar pela solução via arbitragem. Esta, por sua vez, se ofender, na sua prática, a quaisquer princípios garantidores dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, poderá ser anulada, pela via do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A arbitragem, na forma instituída no Brasil, atende, conseqüentemente, aos propósitos fundamentais veiculados na Carta Magna e se aproxima dos anseios do povo de conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso, especialmente, por não exigir maiores despesas financeiras.

A arbitragem e o seu alcance na solução dos conflitos

Em face do campo reduzido para o presente trabalho, haja vista destinar-se a ser publicado em revista, apresento, em forma sintética, o atual estágio evolutivo e alcance da arbitragem no Brasil e em alguns países que a cultivam.

a) Na Argentina, conforme registro feito pelo jornal “El Cronista”, de Buenos Aires, processa-se uma revolução cultural referente ao processo de arbitragem de alta significação.

b) No campo internacional a arbitragem, hoje, entre tantos outros Tratados e Convenções, está acertada pelos seguintes documentos:

1 - Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24.09.1923 (Protocolo de Genebra). Ele reconhece a validade da cláusula compromissória como juridicamente válida quando a arbitragem for internacional. O Brasil ratificou-o, em 22.03.1932, pelo Decreto nº 21.187, de 22.03.1932.

2 - Convenção de Genebra concernente à Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros de 26.09.1927. Cuidou da execução de laudos arbitrais estrangeiros e que foram elaborados conforme o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24.09.1923. O Brasil não o ratificou.

3 - Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Elaborada sob o patrocínio das Nações Unidas. Substituiu a Convenção de Genebra acima noticiada. Mais de cem países de todos os continentes. É o tratado multilateral mais significativo (Ratificado em 01.01.1995).

4 - A Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 10.04.1961 (Convenção de Genebra de 1961) destinava-se a facilitar o comércio entre os países da Europa Ocidental e do Leste Europeu.

5 - A Convenção de Washington de 18.03.1965 para a Solução das Lides concernente a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados levou à constituição do Centro Internacional para a Solução das Lides em Relação a Investimentos.

6 - Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30.01.1975 – ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 1.902, de 09.05.1996.

7 - No Brasil, cumpre realçar:

- a Convenção de Cooperação Judiciária, em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, celebrada com a França em 30.01.1981 e promulgada no país pelo Decreto nº 91.207, de 29.04.1985, aplicável, expressamente, à sentença arbitral, sendo esse aspecto de suma importância prática com relação aos laudos proferidos no âmbito da Câmara Internacional do Comércio de Paris (CCI), quando a sede do tribunal arbitral tem localização dentro do território da França.

c) As sentenças arbitrais estrangeiras, no Brasil, recebem tratamento disci-

plinado pelos arts. 34 a 40 da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, obedecendo aos seguintes princípios para serem reconhecidas e executadas:

c.1) só será reconhecida e executada no Brasil se apresentar conforme com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno; – na ausência de tratados só se estiverem de acordo com os termos da Lei nº 9.307, de 23.09.1996;

c.2) necessitam ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal;

c.3) a homologação pelo STF obedece, no que couber, aos arts. 483 e 484, do CPC, e ao Regimento Interno do STF;

c.4) há necessidade de ser requerida pela parte, em petição (art. 282, do CPC), acompanhada de original da sentença arbitral ou cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

c.5) o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial, deverá ser apresentado;

c.6) a homologação somente será negada se o réu comprovar que:

c.6.1 - a incapacidade das partes em face do nosso Código Civil ou conforme fixado em tratados;

c.6.2 - invalidade da convenção da arbitragem segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

c.6.3 - não foi notificada da designação do árbitro ou do procedimento da arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

c.6.4 - a sentença tenha extrapolado os limites da convenção e haja impossibilidade de se separar a parte excedente do que foi convencionado ser submetido ao procedimento de arbitragem;

c.6.5 - não obrigatoriedade, ainda, da sentença arbitral, ou que tenha sido anulada ou suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada;

c.6.6 - o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

c.6.7 - a decisão ofender a ordem pública nacional.

d) O Decreto Legislativo nº 93/95 (DOU de 23.06.1995, p. 9.197), aprovou o texto da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluído em Montevideo, em 08.05.1970. O texto integral da convenção encontra-se publicado no Diário do Congresso Nacional (Seção II, de 23.06.1995);

e) O Decreto nº 1.476/95 (DOU de 03.05.1995, p. 6.153) promulgou o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a

República Italiana, de 17.10.1989. O procedimento para o reconhecimento, homologação e execução da sentença italiana no Brasil está previsto no Decreto nº 1.476/95, arts. 18 a 21.

f) A homologação de sentença estrangeira arbitral é da competência privativa do STF, por a tal órgão do Poder Judiciário couber a defesa da expressão da soberania nas decisões judiciais estrangeiras (CF, art. 102, I, h. RISTF, arts. 217 a 224).

g) É da Justiça Federal comum de primeiro grau a competência para a execução das sentenças estrangeiras arbitrais, conforme disposto na CF, art. 109, X.

h) Um tribunal arbitral nunca age com plena independência perante a justiça estatal, em face de determinadas medidas estarem reservadas ao Poder Judiciário.

i) Em regra, conforme legislação da maioria dos países, o tribunal arbitral não pode expedir medidas coercitivas.

j) O nosso sistema segue essa linha: ver art. 22, § 4º, da Lei nº 9.307, de 23.09.96 "...havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa."

k) As partes, podem, contudo, quando acertarem o procedimento arbitral, permitir a adoção de medidas cautelares.

l) A tendência moderna, em vários países, é seguir a Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), de 21.06.1985.

m) Canadá, Chipre, Austrália, Bulgária, México, Escócia, Federação Russa, Peru, Nigéria, Tunísia, Hong Kong, Ucrânia, Hungria, Egito, Cingapura e vários Estados dos Estados Unidos incorporaram a Lei Modelo da Uncitral na sua íntegra ou pelo menos em grande parte na sua legislação interna.

n) A Lei Modelo da Uncitral é aplicável, tão-somente, à arbitragem comercial internacional. Foi aprovada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, visando maior uniformidade para as arbitragens internacionais.

o) Os mentores da Lei nº 9.307, de 23.09.96, foram inspirados pelo trabalho elaborado pela Uncitral, sem se deixar de anotar que, também, receberam influências da Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, como também a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30.01.1975, conforme anota **Pedro Batista Martins**, in *Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado nº 78/92*, *Revista de Processo*, 77; 1995, p. 58-59.

Conclusões

A arbitragem instituída, no Brasil, pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996, veio atender aos anseios da cidadania na solução de seus conflitos patrimoniais. A sua cultura contribui para o aperfeiçoamento da democracia, por estabelecer, de modo simples e célere, a paz entre os cidadãos, solucionando os seus conflitos.

Ela busca, também, ser veículo influenciador para o desenvolvimento econômico da Nação, haja vista a diminuição dos custos dos litígios entre os empresários, consumidores, usuários e outros segmentos da sociedade.

O aperfeiçoamento das técnicas utilizadas pelo procedimento arbitral deve conduzir o sistema a um nível de alta credibilidade, influenciando, assim, por livre e manifesta vontade do cidadão, a sua procura para solução das querelas de ordem patrimonial.

A solução dos litígios a ela submetidos para decisão deve garantir, em grau máximo, o exercício adequado do direito de defesa e adoção de um regime de transparência, para que nenhuma dúvida possa surgir sobre os seus efeitos e a sua carga decisória.

É de suma importância considerar-se como valiosa a observação feita pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em palestra proferida em São Paulo sobre a Arbitragem, no sentido de que:

“A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções jurídicas de antanho. Desde o final do século passado, vem-se construindo um novo perfil, alicerçado na prevalência do interesse social sobre o individual. Daí exigir-se um Judiciário participativo e ativista, na busca de uma sociedade mais justa, humana e solidária, contando para isso com instrumentos processuais mais eficientes, a exemplo da ação civil pública, das ações coletivas, dos juizados especiais, do mandado de segurança coletivo, das ações de controle de constitucionalidade. Mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a atividade estatal, priorizando o social. Se assim é, não há também porque excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça Oficial não tem dado abrigo satisfatório.”⁴

4. Sálvio de Figueiredo Teixeira. In A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. In Coletânea de Artigos de Autores Brasileiros e Estrangeiros na obra A Arbitragem na Era da Globalização - Coord. por José Maria Rossani Garcez. Ed. Forense. p. 21.

A arbitragem é, assim, um produto das transformações vividas pela cidadania brasileira. A sua consagração como meio alternativo de solução de conflitos deve ser considerada como o primeiro passo para outras conquistas. O seu objetivo é encontrar a paz desejada pelo homem em decorrência dos interesses patrimoniais vivenciados em suas relações com o seu semelhante. Urge cultuá-la em toda a sua extensão, aperfeiçoando os seus mecanismos de atuação, para que possa bem servir à Nação.

Uma Proposta de Inelegibilidade *

José Arnaldo da Fonseca

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. Introduzida na Constituição como causa de suspensão de direitos políticos, a improbidade administrativa não recebeu do legislador complementar, no duplo aspecto preventivo e repressor, a normatização jurídico-processual adequada e prestante a tornar efetivamente inelegível o cidadão que, na gestão dos negócios públicos, praticar atos ilícitos em detrimento de bens, serviços ou interesses de entes estatais.

É que as regras restritivas de elegibilidade, estabelecidas por delegação constitucional em lei complementar, são de árdua e dilatária aplicabilidade, a ponto de flagrado o detentor de cargo ou função pública em ação abusiva; não se lhe antepõe qualquer impedimento eficaz a que se lance ou relance candidato a cargo eletivo no pleito circunvizinho.

2. À exceção dos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II), cujo julgamento é da competência do Senado Federal, e cuja condenação daí advinda importa inabilitação automática para o exercício de função pública durante certo período – a suspensão dos direitos políticos reclama seja ela declarada privativamente por órgão judicial, como ressaí do Estatuto Básico e o proclama a doutrina. À sua declaração acarreta inelegibilidade, esta, contudo, é um **minus** em comparação com a privação temporária daqueles direitos.

3. Certo, com a Lei Complementar nº 64/90, positivou-se o Capítulo da Constituição que trata dos direitos políticos na parte atinente a outros casos de inelegibilidade.

4. Erige, porém, essa lei, por regra, o trânsito em julgado de decisões judiciais, nas hipóteses nela arroladas, para que se dê o afastamento de candidatura a pleito eletivo.

* Esta proposta, antes para a alteração da Lei Complementar nº 64/90, foi acolhida pelo Poder Executivo que a remeteu ao Congresso Nacional (Mensagem nº 616/93 – Projeto de Lei Complementar nº 168/93). Iniciados os trabalhos de que trata o art. 3º do ADCT à CF/88, reformulamo-la, e o Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, na qualidade de membro da Alta Comissão integrada pelos Chefes dos três Poderes para encontrar mecanismos legais contra a corrupção – encaminhou-a à liderança do governo no Senado, sendo convertida em projeto de emenda à Constituição. Lamentavelmente não foi objeto de deliberação legislativa em meio à malograda revisão constitucional.

Ressalva, apenas, a decretação administrativa de liquidação extrajudicial de instituição financeira, que alcança aqueles que hajam, nos últimos 12 meses anteriores à data da medida, exercido cargo ou função de gestão, enquanto não exonerados de qualquer responsabilidade; e a rejeição de contas, pelo órgão competente, por irregularidade insanável, relativas ao exercício de cargos ou funções, isto se a questão não tiver sido ou esteja sendo submetida a exame do Poder Judiciário. Quanto aos demais casos, estão clausulados com o trânsito em julgado da decisão que vier a dar suporte à inelegibilidade.

5. Com a garantia, por conseguinte, de só incidir a inelegibilidade após ocorrer a **res judicata**, o condenado não definitivo pode habilitar-se ao prélio, e eleger-se: uma forma autêntica de indenidade.

6. Segue-se que, com a investidura no cargo eletivo, o processo ou processos judiciais, em grau de recurso, perdem a atualidade, arrastam-se entre a chicana e os escaninhos até submergirem no esquecimento, na prescrição: passa-se, então, da impunidade à imunidade formal sob a titularidade do cargo eletivo (CF, arts. 27 e 53, e Constituições Estaduais).

Diante de um quadro desses, o princípio basilar da democracia, que verbera emanar do povo, o poder, e em que se fundam os preceitos regradores do exercício da soberania popular, como que se perverte porque a representação política se desfigura: o dilapidador do patrimônio público continuará a poder representar o próprio titular do patrimônio dilapidado, o povo.

7. Este diagnóstico é por demais sabido e ressabido, posto há dezenas de anos vem sendo levantado. A adoção, no entanto, de medidas necessárias a acabar ou mitigar esse crônico estado de coisas, a curto e a médio prazos, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições – parece remota.

8. Dispensável indicar aqui os pontos negativos da administração da Justiça, compreendidas aí as funções a ela essenciais: Ministério Público e Advocacia, realçados, ao longo dos anos, na deficiência, na morosidade e no formalismo excessivo; mais, ressalte-se, por motivos alheios ao seu poder de provisão. Não só. A lei e o sistema eleitorais, recém-editados, não criaram mecanismos hábeis e expeditos a fazerem valer concretamente o capítulo das inelegibilidades, e da moralidade pública, nos tópicos apontados, de acordo com a vontade da Constituição, porquanto, conforme **Konrad Hesse**, “a Constituição somente se transforma em força ativa se existe a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida” (A Força Normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, ed. 1991).

9. A par da inexistência de instrumentos jurídicos processuais tendentes, a curto prazo, a viabilizar a concretude do preceito constitucional, recentes

circunstâncias ético-sócio-políticas recomendam, para proteção a objetos jurídicos elevadamente considerados que essa matéria seja disciplinada na Lei Magna.

10. Pelo § 9º do art. 14, da CF, foi delegado ao legislador complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade. Nada obstante, à vista dos notórios fatos de abusos do poder econômico e de abusos no exercício de função e de cargos públicos, e retornando à tradição brasileira, melhor será que a matéria fique regulada, nos tópicos assinalados, na própria Constituição ao ensejo de futura e eventual reforma.

11. Colhe-se, a propósito, do prof. **José Afonso da Silva**:

“Por serem restritivas de direitos fundamentais (direitos à elegibilidade) é que a técnica sempre recomendou que fossem disciplinadas inteiramente em dispositivos constitucionais. Com tais fundamentos é que a Constituição de 1946 as regulou completamente, de acordo com pronunciamento de Argemiro Figueiredo, no debate da matéria na constituinte de então: ‘se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de elegibilidades, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de inelegibilidades, porque estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão. O mesmo poder que cria o direito é o competente para impor limitações. Seria erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário’. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., p. 335).

12. Dessa mesma preocupação compartilha o Prof. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, ao acentuar: “A matéria, pois, era considerada de tal relevância (refere-se ao texto de 1946) que apenas o legislador constituinte podia regular” (apud **Celso Ribeiro Bastos**, Comentários à Constituição do Brasil, v. 2º/589).

13. Convém, desse modo, que a matéria seja regulada na Constituição, máxime nos aspectos sublinhados, ficando ao legislador complementar o poder de indicar as subespécies de inelegibilidade, com base no § 9º do art. 14 da CF.

14. Se se comungar com aqueles que entendem incidir a limitação imposta pelo § 4º do art. 60 da CF, para essa propositura de emenda, cabe lembrar que ela não esbarra nas vedações ali ressaltadas, sobretudo as pertinentes aos direitos individuais expressamente enumerados no art. 5º, ou que com eles guardam simetria.

É que inexistente direito individual a uma situação estanque, definitiva, de elegibilidade.

O legislador, ao propor a emenda, nesse campo, atua sem amarras, atento não-somente ao dever de resguardar a normalidade e legitimidade das eleições contra abusos de variado matiz.

Um breve esboço da inelegibilidade

15. Sob o regime da Lei Complementar nº 5/70, na sua redação primitiva, bastava o recebimento da denúncia pelo juiz, pela prática de crime nela especificado, para tornar inelegível o cidadão improbo (art. 1º, I, n).

Com a redação dada a esse dispositivo pela Lei Complementar nº 42/82, retirou-se o recebimento da denúncia, e incluiu-se, como causa de inelegibilidade, a condenação enquanto não se der a reabilitação penal.

Promulgada a Constituição de 1988, continuou a Lei Complementar nº 5/70 a ser aplicada pelo TSE até que adveio a LC nº 64/90, que no art. 1º, inc. I, considera apta a gerar inelegibilidade a condenação, com sentença transitada em julgado, salvo os casos das alíneas f, g e i do mesmo inciso, com temperamentos.

16. Com efeito, cumpre não retroceder para readotar a simples denúncia recebida como causa de inelegibilidade, nem permanecer na atual exigência de condenação transitada em julgado, excessiva para os parâmetros do nosso sistema processual e para a realidade sócio-política brasileira.

17. Poder-se-ia argumentar que a simples condenação sem a cláusula da **res judicata** atentará contra preceito arrolado no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, da Constituição, nomeadamente o da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

18. Convém observar, de logo, que não se trata de suspensão de direitos políticos com a abrangência prevista no art. 15 da Lei Maior; mas, mero caso de inelegibilidade, um **minus** em relação àquela.

19. De resto, o princípio da presunção de inocência cinge-se à esfera do processo penal, como adiante se verá.

20. O tema não é novo. Na vigência da Lei Complementar nº 5/70, na redação original do art. 1º, inc. I, n, grassou acesa dúvida quanto à constitucionalidade de a causa de inelegibilidade fundar-se em simples denúncia do Ministério Público recebida pelo juiz contra cidadão pela prática de qualquer dos crimes ali especificados.

O STF, por maioria, no RE nº 86.297-SP, in RTJ 79/671, Rel. Min. Thompson Flores, afastou a eiva de maltrato à Constituição (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 153, §§ 15 e 36).

Alterada a redação da referida letra **n**, I, do art. 1º, para instituir como motivo de inelegibilidade, não a denúncia recebida, mas a condenação criminal, enquanto não decretada a absolvição do apenado ou sua reabilitação penal (Lei Complementar nº 42/82), exsurgiu certa perplexidade no fixar a inteligência do novo texto frente ao implícito princípio da presunção de inocência vislumbrado na Constituição de 1969.

21. O TSE enfrentou a **quaestio vexata**, em alguns acórdãos, e julgou, sem maior relutância, dispensável o trânsito em julgado da decisão condenatória, entendendo inelegível o cidadão simplesmente condenado (TSE: Acórdãos nºs 6.855, de 23.09.82; 7.282, de 24.02.83 e 7.610, de 09.08.83).

22. O STF, pela 2ª Turma, também considerou bastante em si para ensejar a restrição à elegibilidade o só fato da condenação criminal sem o aguardo da **res judicata** (AgRg no Ag nº 92.794, de 24.06.83 – RTJ 107/654).

23. A sua 1ª Turma, porém, ao julgar o RE nº 99.069 (RTJ 114/680), deu provimento ao recurso do candidato, mas o fundamento assentou-se mais na sua superveniente absolvição pela 2ª instância do que na vulneração dos arts. 151 e 153, § 15, da Emenda Constitucional nº 1/69, do art. 1º, I, **n**, da Lei Complementar nº 5/70, com a nova redação da Lei Complementar nº 42/82, e do art. 597, do CPP.

24. Com a vigência da Constituição de 1988, a Lei Complementar nº 5/70, alterada pela Lei Complementar nº 42/82, continuou a ser aplicada, sem restrição, tendo o TSE decidido: “O crime contra a Administração Pública, ainda que a condenação não haja transitado em julgado, acarreta inelegibilidade. Interpretação da letra **n**, inc. I, art. 1º, da Lei Complementar nº 5/70 em face dos arts. 15, inc. V, e 37, § 4º, da nova CF”, T. Pleno, Ac. nºs 10.255, de 25.10.88; 10.222, de 24.10.88; 10.179, de 22.10.88, Rel. Min. Antonio Villas Boas Teixeira de Carvalho. No mesmo sentido: TSE Ac. nºs 10.262, de 25.10.88; 10.198, de 24.10.88, Rel. Min. Aldir Passarinho; 10.189, de 24.10.88, Rel. Min. Bueno de Souza.

25. Qual visto, não deparou o tribunal eleitoral, nesses casos, diante do exposto princípio da presunção de inocência, incompatibilidade da Lei Complementar nº 5/70 com a nova ordem constitucional. Somente com a Lei Complementar nº 64/90 é que, por aplicação da regra **lex posteriore derogaret priori**, ficaram revogados os preceitos da Lei Complementar nº 5/70. Não nos consta haver o STF apreciado a aplicação da Lei Complementar nº 5/70, nos pontos assinalados, sob a vigência do atual Código Político Fundamental.

A nova Lei Complementar nº 64/90

26. Em obediência ao disposto no art. 14, § 9º, da vigente Constituição,

foi editada a Lei Complementar nº 64/90, que exige nas alíneas, à exceção das letras **f**, **g**, sob condição e **i**, do inciso I, do art. 1º, o trânsito em julgado da decisão condenatória para importar inelegibilidade, em manifesto sufrágio do princípio da presunção de inocência.

27. “Embora a origem da máxima **in dubio pro reo** possa ser vislumbrada desde o direito romano, especialmente por influência do Cristianismo, escreve o processualista **Antonio Magalhães Gomes Filho**, com remissão ao professor italiano **M. Antonio de Dominicis**, – o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema da *common law*, incluído nas Constituições..., corresponde, assim, a uma opção em favor dos valores essenciais de respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, representando, mais do que uma dádiva humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito” (Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, Ed. Saraiva, 1991, pp. 9 e 23).

28. Se se considerava implícito esse preceito, no regime constitucional anterior, em razão do disposto no § 36 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, o vigente Estatuto Fundamental expressamente o consagra no inciso LVII do art. 5º. Implícita ou expressa, essa presunção, porém, é de caráter *nimiamente* processual penal, nas suas diversas fases, não se aplicando à matéria eleitoral, conforme pontificou o egrégio Pretório: RE nº 86.297-SP, in RTJ 79/671, Rel. Min. Thompson Flores; AgRg no Ag nº 92.794, RTJ 107/654, Rel. Min. Moreira Alves.

29. Se, por um lado, o processo eleitoral não deve ser de todo infenso a esse postulado; de outro, a sua expressa introdução não encontrou meio de aplicabilidade irrestrita, na própria esfera a que se destina, a processual penal. A adoção desse princípio não incompatibiliza, em vista das finalidades conferidas pela lei comum à cautela processual, com certas medidas ditadas pela garantia da ordem pública, pela da conveniência da instrução criminal e pela necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Desse modo, quer sob os auspícios da Constituição recém-revogada, a que era inerente o princípio da presunção de inocência, quer sob o regime do atual Estatuto Político Básico, que o consagra expressamente, destina-se ele primacialmente a preservar direitos processuais do acusado e a sua dignidade como ser humano. Assim é que providências coercitivas contra a pessoa do réu, tais como prisão, busca pessoal, ou contra coisas dele, arresto, seqüestro e apreensão, podem e devem ser encetadas, em circunstâncias especiais que a lei ordinária autoriza.

30. Em reiterados julgados, o STF, já na vigência da atual Constituição, não considerou írritas ao princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva, a prisão provisória e outras medidas cautelares, desde que o ato judi-

cial que as formaliza contenha motivação adequada, fundada em elementos concretos de materialidade do delito e de existência de indícios suficientes de autoria (HC nº 68.347-DF, RTJ 134/798, Rel. p/ac. Min. Celso de Mello; HC nº 68.333-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ nº 134/1.211; RHC nº 67.050, RTJ 134/1.161, Rel. Min. Sydney Sanches, e no RHC nº 69.576-1), repeliu a invocação da presunção de inocência para afastar a não suspensividade do recurso extraordinário (DJ de 26.05.89, p. 8.945).

Colhe-se, por fim, do HC nº 69.576-1, 1ª Turma: “**Habeas corpus** – Prisão. Desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para expedição do mandado de prisão, CF, art. 5º, inc. LVII. É perfeitamente compatível com o princípio inscrito no art. 5º, inc. LVII, da CF, o cumprimento do mandado de prisão do réu, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória quando cabível recurso sem efeito suspensivo, a teor do que dispõe o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90. Precedentes da Corte. **Habeas corpus** indeferido” (1ª Turma – DJ de 06.11.92).

31. Se, por um lado, a Constituição sufragou às expressas o princípio da presunção de inocência, por outro, erigiu ela em preceito a improbidade como causa de suspensão de direitos políticos.

Ora, se a liberdade, qual salientou o colendo STF (RE nº 86.297-SP, RTJ nº 79/694 – AgRg no Ag nº 92.794, RTJ nº 107/654), que é o bem maior, pode sofrer limitação autorizada em regramentos legais ordinários, com redobrado motivo à capacidade de ser eleito pode e deve sofrer sanção restritiva se há prova da existência de crime neles arrolados e de indícios de autoria, a fim de se evitar o comprometimento da normalidade e da legitimidade das eleições com evidentes reflexos no princípio da representação política, que é um dos fundamentos do Estado de Direito democrático.

32. No estágio atual, não ocorre a decantada condição de desvantagem do cidadão a que se atribui atos de corrupção, diante do poder punitivo do Estado. Ao revés. O Estado e a sociedade, lesados, é que parecem encontrar-se em posição de impotência em face de práticas deletérias. Impõe-se, pois, imprimir um caráter essencial de instrumentalidade com vistas a dar execução ao princípio da moralidade administrativa em toda sua extensão.

A mensuração axiológica há de ser invocada e aferida para, pelo menos, mitigar a impunidade.

33. De intensidade menor, na aplicação imediata da eficácia da decisão, que o previsto para a condenação criminal, a adoção de medida acautelatória, qual a da inelegibilidade, nos casos que a lei indica, tem por objeto jurídico tutelar, mediante a escolha dos melhores, princípios fundamentais expressos na Constituição.

34. Conclui-se que na própria Itália, em cuja legislação de 1948 se louvou o constituinte brasileiro para insculpir o princípio, vem sofrendo ele temperamentos, negando-se-lhe a aplicação irrestrita, para poder valer o interesse público, como se tem notícia das centenas de prisões preventivas de detentores de cargos públicos que se excederam no seu exercício.

35. Por final, a presunção de inocência, com a condenação embora sujeita à revisão recursal, cede lugar à presunção de culpabilidade, posto ao juízo de probabilidade segue-se o juízo da certeza sobre a existência do crime e da responsabilidade do agente.

36. A propósito, são irrespondíveis, acesas e atuais as colocações feitas pelo então Procurador-Geral Eleitoral, atual Ministro do STF e Presidente do TSE, José Paulo Sepúlveda Pertence, no parecer dado nos Recursos nºs 6.374 e 6.376, TSE, Rels. Mins. Carlos Mário Velloso e Roberto Rosas, sobre o sentido do art. 1º, I, letra n, da Lei de Inelegibilidade, com a redação da Lei Complementar nº 42/82: “n) os que tenham sido condenados por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta lei complementar, enquanto não penalmente reabilitados.”

37. Sinalou o ilustre órgão do Ministério Público:

“25. Mas, de um lado, parece claro que a presunção de inocência não acarreta por si só, a pluralidade de graus de jurisdição. E, de outro, do fato de a lei assegurar esta pluralidade, não se segue que a presunção de inocência deva manter-se incólume às sucessivas decisões condenatórias, até que se esgotem todas as vias admitidas de recurso.

26. Pelo contrário, o que parece assente, no sistema processual pátrio, com o respaldo do direito comparado, é que a cada decisão condenatória, que se sucede, o âmbito remanescente da presunção de inocência vai sendo gradativamente tomado pela presunção contrária, de culpabilidade.

27. Essa inversão começa com a sentença condenatória de 1ª instância. A situação, a partir daí, faz-se radicalmente diversa da que, antes, por força da presunção de inocência, torna indene o acusado a qualquer antecipação dos efeitos da condenação não fundada em estrita necessidade cautelar.

29. Sobrevindo sentença condenatória – que é juízo de certeza sobre a existência do crime e da responsabilidade do agente, emanado do órgão imparcial, após instrução contraditória e amplo exercício da defesa –, dar-lhe ou não o legislador determinada eficácia imediata, desde que compatível com a possibilidade de sua reforma, é questão de conveniência e oportunidade, que já não tem mais a ver com a presunção de inocência.

30. A sentença – disse, com razão, o Juiz Manuel Alceu (Recurso nº 6.376) –, é ato jurídico ao qual não se negará, sequer previamente à confirmação definitiva, certa projeção. Há que distinguir, como observou **Liebman**, entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada. E a eficácia, como aptidão para produzir efeitos, não é algo de extrínseco que se acresça à sentença em determinado momento, mas uma propriedade intrínseca, de que ela é dotada desde o momento do aperfeiçoamento do seu **iter** formativo (Eficácia e Autoridade da Sentença, Forense, 1981, p. 295).”

E conclui:

“41. O que se reclamou, no dispositivo considerado (art. 1º, I, n, da Lei Complementar nº 5/70) é que a existência do crime e a responsabilidade do agente, para gerar a inelegibilidade, hajam sido objeto de declaração judicial, precedida das garantias de ampla defesa e instrução contraditória, como ocorre no processo penal. (Pareceres do Procurador-Geral da República – 1985/1987, pp. 358-359).”

38. Com a nova Constituição inseriu-se às expressas, um princípio que já vinha anteriormente implícito no ordenamento constitucional revogado, não só por força da aderência do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que nela se contém, como também, e principalmente, pela regra fundamental de que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” (art. 153, § 36, da Emenda Constitucional nº 1/69).

39. A expressa constitucionalização desse princípio não alterou o seu conceito e a sua dimensão, tanto que as constituições modernas, ao adotá-lo, não o investem de caráter absoluto: a sua aplicação deve ocorrer com equilíbrio, não impedindo que certas medidas possam ser determinadas antes da sentença condenatória tais como as cautelares, em defesa de valores maiores.

40. Não violará, pois, o legislador constitucional o contido no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior, nem deliberará sobre matéria vedada (art. 60, § 4º) ao considerar alcançado pela inelegibilidade por certo período, aquele que for condenado, embora não definitivamente, pela prática de crime ou crimes de abuso do poder econômico ou político, contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais.

41. Como visto, emprestar certa eficácia imediata à decisão, no particular, insere-se no critério de conveniência e oportunidade do legislador.

Em conclusão

42. A matéria pertinente à inelegibilidade, nos pontos ressaltados, tal como era da tradição da Constituição de 1946, e o verbera a doutrina, deve ser regulada, ficando ao legislador complementar tão-só o poder de indicar as subespécies de inelegibilidade, nos termos da delegação contida no art. 14 da Lei Básica Federal.

43. A inexigência da cláusula **res judicata** nas decisões condenatórias para gerarem inelegibilidade não importa violação ao princípio constitucional da presunção de inocência dado o seu caráter meramente processual penal.

44. Na preservação da normalidade e da legitimidade das eleições, o legislador constitucional pode e deve impor restrição à capacidade de o cidadão ser eleito, se há prova da existência de crime e indícios de autoria, desde que hajam sido objeto de declaração judicial.

45. A adoção da eficácia imediata da decisão não se confunde com a autoridade da coisa julgada, e constitui opção do legislador maior diante de fatores sócio-políticos, que exigem o atendimento à **ratio essendi** do princípio ordinatório da lisura e legitimidade das eleições contra os conspiradores do mandato popular e dos bens e interesses públicos.

A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação Atualidades e Perspectivas

Carlos Alberto Menezes Direito

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Atualidades e Perspectivas

O Código de Defesa do Consumidor nasce pela força da Constituição dos oitenta. E nasce com a marca inconfundível da declaração de direitos e garantias. E essa declaração é, todos sabemos, a espinha dorsal do sistema constitucional brasileiro, fincado no modelo racional-normativo da classificação, hoje clássica, de **Garcia-Pelayo**. O comando do constituinte é para que o estado, na forma da lei, promova a defesa do consumidor, como está, no art. 5º, XXXII. Isso quer dizer que a proteção ao consumidor é, hoje, um direito fundamental, garantido pela cobertura do art. 60, § 4º, a famosa cláusula pétrea, ou, como prefere **Gomes Canotilho**, limite expresso, selecionado pela Constituição, considerado cerne material da ordem constitucional, e, portanto, não disponível ao poder de emenda ou revisão.

Destacando a inovação, **Celso Ribeiro Bastos**, explica que a regra do art. 5º, XXXII, “é de transcendental importância, não só por estabelecer um dever para o Estado, como também para autorizar o legislador a que venha estabelecer regras processuais desparaficadas, assim como um direito material não necessariamente igualitário, mas que terá, no fundo, a prevalência dos interesses do consumidor”.

A qualidade de direito fundamental não ofusca a preocupação do constituinte em outras passagens, assim a do art. 170, V, e a do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No primeiro caso, o do art. 170, V, porque quis a Constituição explicitar que dentre os princípios gerais da atividade econômica está a defesa do consumidor, no mesmo patamar de importância da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego. No segundo caso, porque demonstrou que o constituinte de oitenta e oito não estava disposto a amortecer o direto comando e impôs um prazo certo para a elaboração do código de defesa do consumidor.

Vê-se, pois, com toda clareza, que a vontade constituinte foi a de criar mecanismos que pudessem ser utilizados pelo consumidor brasileiro na defesa de seus direitos diante de um longo histórico, na verdade um prontuário, de violações dos direitos do consumidor.

O consumidor brasileiro padecia, e, de fato, embora com menor intensidade, ainda padece, da falta de respeito nas suas relações de consumo. Todos nós temos sempre um caso a relatar sobre o desleixo com que o consumidor é tratado no seu dia-a-dia. O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, é hoje um poderoso instrumento para reverter o cenário, mas depende, fundamentalmente, da capacidade de exercício pleno dos direitos nele elencados.

A posição constitucional do consumidor autoriza uma reflexão ampliada sobre a natureza da especial proteção deferida, considerando uma sociedade de massa, com problemas sociais agigantados, sob a pressão de diversas situações discrepantes umas das outras no que se refere à capacidade de ingressar e permanecer nas relações de consumo. Isso quer dizer, concretamente, que os variados segmentos que compõem a sociedade brasileira sob esse ângulo, ou seja, a capacidade econômica para consumir, estão subordinados ao mesmo grau de pressão para adquirir ou utilizar produto ou serviço, mas com meios de defesa diferenciados em função, exatamente, do poder aquisitivo que cada segmento dispõe e, ainda, de sua condição educacional de discernimento no mercado de oferta.

Sob a guarida dessa compreensão, pode-se dizer que a proteção ao consumidor está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão, tem a escolher e a ser informado, corretamente. É, igualmente, amparo constitucional claro, indiscutível, como consta do art. 5º, XIV.

A sociedade de massa, com agudas desarmonias sociais, precisa defender a relação de consumo pelo sentido maior do direito fundamental à informação, ao qual se vincula o direito à liberdade de escolher.

É esse, sem dúvida, o sentido maior da disciplina do Código de Defesa do Consumidor sobre a publicidade, a que dedica a Seção III do Capítulo V, voltado este para as práticas comerciais.

Gostaria de traduzir meu pensamento sobre esse direito à liberdade de escolher. Tenho-o por essencial para uma adequada compreensão do direito do consumidor na sociedade da informação, que é o tema deste seminário.

O homem nasce livre para a vida social, por sua igual natureza. Essa natureza reclama, como sinal da perfeição, a convivência social. É na convivência social que aparece a desigualdade. Essa desigualdade é, basicamente, de natureza econômica. É de natureza econômica porque a sua marca é a aquisição do conhecimento e de bens necessários a uma vida digna. Alguns têm o privilégio

de dispor do conhecimento e dos bens; outros não têm. Aqueles que estão no primeiro estrato alcançam um padrão de discernimento das coisas da vida mais elevado do que aqueles que estão no segundo estrato. Esse padrão diferenciado repercute na convivência social porque permite aos do primeiro estrato um acesso muito maior ao que ocorre na vida social. Nesse sentido, amplia a liberdade de escolher, pois aumenta a disponibilidade da oferta e a capacidade de obter o que é ofertado.

Mas, esse espectro maior de liberdade de escolher não é o que interfere mais fundamentalmente na vida social. E não é por uma razão simples: o comportamento social não está condicionado pela aquisição ou utilização de bens e serviços. Muito ao contrário, uma utópica sociedade igualitária não atinge a intimidade da razão humana, que dita o comportamento do homem em sociedade. Ela promove a igualdade no acesso aos bens e serviços, mas, não, necessariamente, torna a pessoa humana livre da influência do seu meio, e, portanto, do que é difundido pelo seu meio. Com isso, embora possa a pessoa humana ter acesso aos mesmos bens e serviços, quem quer que seja pode, ainda assim, manipular o comportamento social pela criação de modelos, ou tipos, ou circunstâncias que estimulam uma determinada reação social.

O que interfere com vigor na liberdade de escolher é a capacidade de discernimento, ou seja, a capacidade de dominar a sua vontade, apesar de seu meio. O homem capaz de exercer a sua vontade é capaz de livrar-se da influência de seu meio e, portanto, de gerenciar o seu próprio destino. Mas, é claro, para que isso ocorra, ainda que exista a disponibilidade do conhecimento e do domínio da vontade, é imperativo uma vigilância permanente e, ainda, a vida em uma sociedade que não multiplique o desejo de adquirir sempre mais bens e serviços, tantos quanto a sociedade possa ofertar.

Há, em um certo sentido, uma carga do meio sobre a vontade. Assim como **Freud** descobriu o acúmulo do inconsciente a causar desvios no comportamento, que a psicanálise pode desvendar, a vida social gera um sistema de represamento da vontade diante da oferta de bens e serviços e da capacidade de cada qual para deles dispor. Os que conseguem pelo desigual equilíbrio econômico adquirir o que aspiram, têm um sinal de satisfação na sua inteligência, o que se expressa pelo conforto, pelo alívio, pelo ter o que quer ter. Os que têm mais do que aspiram desfrutam da mesma sensação. Mas, os que têm menos do que aspiram têm um sentimento completamente inverso, assim de frustração, de angústia, muitas vezes, de revolta.

Há, desse modo, uma ligação direta entre a vida social e a aquisição de bens e serviços. Ora, as sociedades de massa, rapidamente, transformaram-se em sociedades de informação, que passa por diversos estágios, até o fenômeno

da comunicação massiva, que penetra no interior de cada pessoa humana, gerando uma dependência equivalente à dependência química. Como a sociedade não é igualitária, como o conhecimento não é universal, como a riqueza não está equitativamente distribuída, o direito à liberdade de escolher depende do comportamento da comunicação de massa, que, por seu turno, alcança diferentemente os variegados estratos sociais.

Liberdade de acesso à informação e impedimento de embaraçar a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social somente podem ser tratados em conformidade com a liberdade de escolher de cada pessoa humana. Não fosse assim estar-se-ia negando à pessoa humana um valor fundamental que é o de defender-se contra tudo aquilo que possa limitar o exercício da sua vontade. E a informação jornalística trabalha, exatamente, sobre essa vontade, ou, melhor dizendo, sobre o exercício da liberdade de escolher, direito inerente à natureza da pessoa humana.

O consumidor, enquanto conceito jurídico, está nesse cenário social, apenas, como categoria de adquirente de bens ou serviços. Todavia, o consumidor está no cenário social antes como pessoa humana e, portanto, detentor de direitos inalienáveis, próprios da sua natureza racional e livre.

O consumidor, portanto, está subordinado a uma sociedade que vive da informação, operada por agentes públicos e privados. Todos os agentes da informação trabalham sobre a sociedade da dimensão especial de opinião pública. A opinião pública é, nessa perspectiva, o conjunto do pensamento social em um determinado momento da história, formado pela informação disponível naquele momento, transmitida pelos meios também disponíveis naquele momento.

Essa opinião pública volta-se para o exercício da vontade de cada pessoa humana, acarretando a formação de correntes ensejadoras de um comportamento social voltado para uma direção certa. Quem opera a informação detém, portanto, um comando sobre a opinião pública.

É claro que há compartimentos, assim, por exemplo, o compartimento da informação sobre as lideranças políticas, sobre a legislação a vigor, sobre o papel das instituições, sobre o regime político. Esses compartimentos podem ser denominados de compartimentos informativos. Teoricamente, destinam-se, apenas, a noticiar o que ocorre na sociedade. Contudo, há compartimentos da informação sobre as ofertas de bens e serviços postos à disposição da sociedade. Esses são compartimentos informativos insufladores. Teoricamente, destinam-se a insuflar a aquisição de bens e serviços, estão configurados na ciência da comunicação social como publicidade e *marketing*, nas suas mais variadas modalidades.

O consumidor está alcançado pelo compartimento informativo insuflador. O Código de Defesa do Consumidor cuida, portanto, desse aspecto da relação de consumo, considerando a vida em uma sociedade de consumo.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, em obra coletiva sobre o Código de Defesa do Consumidor, mostra que a sociedade de consumo “é, antes de tudo, um movimento coletivo em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa e consumo em massa. E é inserida nesse novo modelo econômico e social que as práticas comerciais – como fenômeno igualmente de massa – ganham enorme relevo. Afinal, sem *marketing*, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo”. E essa mesma a lição de **José Antônio de Almeida**, em artigo publicado na revista *Direito do Consumidor*, ao assinalar que o “direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade da defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa, em uma sociedade de consumo “caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pela dificuldade de acesso à Justiça”, como reconhecem **Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin**, enfatizando que “tais aspectos marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor”.

Quais as prescrições legais? A primeira, é a de que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, devendo o fornecedor manter “para informação aos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. A segunda, é a proibição de toda publicidade “enganosa ou abusiva”. Enganosa, para o legislador, é “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Ademais, enganosa por omissão é a publicidade “quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. É abusiva, “dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança”. E, finalmente, o mais importante, porque assegura maior eficácia para a

defesa do consumidor, é a inversão do ônus da prova, ou seja, o “ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Uma observação necessária é sobre o conceito de publicidade enganosa disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor. Para o consumidor vale não só a propaganda direta como, também, a propaganda indireta, aqui reunida a mensagem posta em contexto outro indutor do consumo, como, por exemplo, ocorre em novela de televisão ou em filme. Esta última é, sem dúvida, a mais perigosa, é aquela que provoca o consumo em razão de um ambiente especialmente criado para dar proximidade ao que se desenrola na vida social.

Como conceituar publicidade enganosa?

Fábio Ulhoa Coelho adverte que a “qualificação de uma publicidade enganosa deve ser feita com critério. O fundamental na questão, é a transmissão de mensagem capaz de induzir em erro os seus destinatários. A informação falsa, total ou parcialmente, quando percebida como tal pelo consumidor, não é suficiente para a caracterização do ilícito. Se a propaganda atribui ao produto ou serviço uma qualidade ou efeito que, notoriamente, ele não tem, em função de uma específica técnica publicitária destinada a motivar a fantasia do consumidor, estaremos diante da veiculação de um dado falso mas não enganoso. Perfeitamente adequado, portanto, aos delineamentos legais do sistema de proteção ao consumidor. A ninguém pareceria plausível que o consumo de certa marca de cigarro importasse no acesso a uma vida de aventuras e emoções. Por este motivo, se tal relação é insinuada ou mesmo expressamente afirmada em uma peça publicitária, não há engano, embora seja evidente a falsidade. Para que seja enganosa, a informação falsa deve ser recebida como verdadeira”. Por essa razão, **Fábio Ulhoa Coelho** considera que “não há como abstrair, na caracterização da publicidade enganosa, do dolo intencionalmente voltado a despertar um erro no espírito do consumidor. Sem o dolo, sem a veiculação de uma idéia travestida de verdadeira, não há publicidade enganosa. E esta indispensabilidade do elemento intencional é pertinente também à configuração do engano por omissão, em que um dado essencial do produto ou serviço é subtraído do conjunto de informações transmitidas, consoante o definido pelo art. 37, § 3º. A omissão deve ser dolosa para que seja ilícita a publicidade”.

Por seu turno, **José Alexandre Tavares Guerreiro**, em obra coletiva organizada por **Geraldo Magela Alves**, procura destacar a regra sobre publicidade enganosa na desigualdade, pousado no conceito de vício do consentimento, distinto, porém, daquele do Código Civil. Diz o autor que para a “caracterização do erro, no direito comum, a doutrina tradicional requeria, da-

quele que o pudesse alegar, um juízo medido pelos parâmetros da inteligência comum e atenção ordinária. Dos requisitos, na ordem do direito civil, pressupõe uma igualdade razoável de consciência e cultura, entre todas as pessoas capazes de, em qualquer relação jurídica, terem o respectivo consentimento afetado pelo erro substancial. Por assim dizer, a noção privatística do erro presume um certo padrão de homogeneidade e compreensão em todos os níveis da sociedade em qualquer espécie de relação econômica. Visivelmente, o Código do Consumidor procura atender a desigualdades materiais entre as pessoas, no contexto das relações de consumo em massa, tanto que, em mais de um dispositivo, inverte a presumida igualdade jurídica entre as pessoas, para diferenciar e outorgar disciplina especial a hipótese em que tal igualdade, jurídico-formal, passa a ser reconhecida como insuficiente. O art. 38, ao promover a inversão do ônus da prova no tocante à veracidade e correção da publicidade, atesta o diverso fundamento que o Código procurou emprestar à tutela do consumidor. Mais caracteristicamente ainda, no art. 39, inciso IV, o Código erigiu à condição de parâmetro de julgamento, na igualdade contratual, a fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento, ou condição social”.

É preciso considerar a natureza da lei especial. Como já se disse antes, a relação de consumo ocorre em uma sociedade profundamente desigual no acesso aos bens e serviços, mas, e tal é a essência do raciocínio, desigual na compreensão da própria realidade social pela limitação que a falta de conhecimento traz ao exercício da liberdade de escolher.

Todo o sistema de proteção ao consumidor está subordinado ao fato da desigualdade. E, por isso, não me parece possível a interpretação da regra sobre propaganda enganosa na busca do dolo ou da intenção daquele que a patrocina. A posição acolhida neste particular por **Fábio Ulhoa Coelho** pode acarretar enorme dificuldade de aplicação da responsabilidade em razão da propaganda enganosa.

Na mesma linha de dificuldade, a propaganda enganosa, a meu juízo, não pode restringir-se ao fato da disparidade entre as qualidades postas na oferta e a realidade do produto ou serviço. É basicamente neste fato, mas não só nele. Por que? Porque com as modernas técnicas de comunicação e de propaganda é muito possível enganar na indução ao consumo, ou seja, naquela situação em que a oferta do produto ou do serviço não se faz diretamente do anunciante ao consumidor, mas, sim, embutida em uma situação com trama desvinculada da oferta direta. Assim, por exemplo, quando em uma novela de grande audiência promove-se produto que na cena aparece com qualidades que efetivamente não dispõe, é possível configurar, dependendo das circunstâncias de fato, a propaganda enganosa vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. E não poderia ser de

outra forma pelo sentido de credibilidade que passa ao consumidor a promoção de produto em um cenário construído para o êxito.

Atilio Aníbal Alterini, comentando sobre o panorama internacional do controle da publicidade e da comercialização, mostra com muita clareza que a publicidade é o modo de captar o consumidor potencial, tal como previsto na “*fair Trading Act*” britânica de 1973. Essa captação vincula o ofertante ao consumidor, tal como no direito norte-americano (Código Comercial Uniforme) que obriga o vendedor pelas afirmações inexatas feitas ao público pela justificável confiança que criam, ainda que tal aconteça sem culpa ou o consumidor não tenha relação contratual com o vendedor. E aplica-se, então, a noção de garantia quando se assegura a qualidade na publicidade (pára-brisas apresentado como inquebrável e que se quebra: *Baxter v. Ford*) ou mesmo implicitamente se o produto resulta defeituoso (explosão de botijão de gás: *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*).

A severidade na proteção ao consumidor e a conseqüente apuração de responsabilidades diante da propaganda enganosa, em sociedade atropelada pela informação, está, também, no grau de politização e de conscientização dos cidadãos. Basta, para que se comprove a assertiva, comparar a evolução da responsabilidade pelo dano moral a partir da Constituição de 1988, com o art. 5º, incisos V e X.

É preciso não esquecer que estamos cuidando do consumidor em uma sociedade que privilegia a comunicação de massa e que condiciona boa parte de seus juízos pelo que recebe dos meios de comunicação. Para uma grande parte da população o que é ditado pela comunicação é, também, verdade. Nesse sentido, o que não tem repercussão jornalística não existe, isto é, o veículo de comunicação social forma o juízo do seu destinatário.

O conceito de propaganda enganosa não pode, portanto, na minha compreensão, ser diluído na generalidade técnica. Deve, muito ao contrário, levar em conta a situação concreta do momento em que é veiculada, tudo para permitir ao intérprete conhecer a capacidade de recepção do consumidor. Note-se que muitas inovações na propaganda, algumas derivadas de estudos científicos, incluída a lingüística dentre as ciências que contribuem para isso, são imperceptíveis, isto é, são *subliminares*, alcançando o consumidor desprevenido, que recebe a mensagem no seu inconsciente e tende a incorporar, por exemplo, determinado hábito alimentar em razão da publicidade.

Quem trabalha na área técnica sabe identificar a distinção semântica entre propaganda e publicidade, que, no Brasil, desde a Lei nº 4.680, de 1965, são utilizadas como sinônimas. Na verdade, a propaganda tem, exatamente, o

sentido de plantar uma idéia na inteligência do destinatário. Ora, a preocupação do intérprete deve ser a de proteger o consumidor contra a invasão da sua mente pela técnica da propaganda. Nesse sentido, a publicidade enganosa do art. 37 do Código do Consumidor embute a cautela de proibir a propaganda capaz de induzir em erro o consumidor, incutindo-lhe uma crença que reduz o seu juízo de valor sobre o produto ou serviço que é tornado público.

É por essa razão mesmo que com o Código do Consumidor criou-se uma vinculação da oferta na disciplina do art. 30. Com esse dispositivo está o legislador impondo um vínculo entre aquele que oferta e aquele que potencialmente pode adquirir o produto ou serviço. Como anota **Fábio Ulhoa Coelho**, “uma vez provada a veiculação, em oferta ou publicidade, de uma informação suficientemente precisa, pode o consumidor pleitear a sua execução específica. Nessa medida, complementa o art. 31 que a “oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

É claro que o Código do Consumidor terá sua repercussão definida pelo uso, o que quer dizer pela prestação jurisdicional concreta.

O enquadramento do Código do Consumidor começa a aparecer nas decisões judiciais e servem como parâmetro para a compreensão da regra jurídica. Vejamos alguns casos.

A primeira sentença que conheço vem do Rio Grande do Sul, prolatada pelo Juiz Wilson Carlos Roddyz. A Associação de Proteção ao Consumidor ajuizou ação civil pública contra a Nestlé, a DPZ Duailibi Petit Zaragoza Propaganda S/A e Conar – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. O objeto era comercial veiculado pela televisão, um passado em armazém, onde garotos removiam uma tampa e entravam agachados e em silêncio para não despertar o guarda que estava dormindo, apanhavam uma sobremesa que se encontrava na geladeira e, ao saírem, o guarda acordava, escorregava em bolinhas de gude, não havendo demonstração alguma de que houvessem pago o produto; outro com um grupo de meninos vestidos com capa de chuva que amedrontavam as meninas com pererecas, fazendo com que entregassem produtos Nestlé que se encontravam na geladeira. Para a associação-autora, os comerciais, no entender de um consumidor de grau intelectual mediano, dão a idéia de assalto e chantagem, previstos na legislação penal, o que não foi aceito pelo Conar, que considerou lúdico o conteúdo dos comerciais, tendo remodelado, apenas, um deles com o desaparecimento do armazém. A

veiculação foi retirada posteriormente pela Nestlé. O pedido foi feito com apoio no art. 37, §§ 1º e 2º do Código. E a sentença julgou procedente a ação determinando a proibição definitiva da veiculação. Para o Juiz os comerciais continham mensagens implícitas negativas, assim a “presença do elogio da impunidade que é o que significa o sucesso das ações “criminosas” cometidas e apresentadas como coisa aceitável e caminho eficiente para a felicidade” (Direito do Consumidor, Vol. 1/222).

Em outro julgado, mais recente, de 1997, com o voto-condutor do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o Superior Tribunal de Justiça desafiou o art. 30 do Código. Tratava-se de uma ação ordinária proposta contra determinada empresa em decorrência de danos causados pela participação da empresa autora em consórcio de veículos que veio a sofrer liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central. A sentença extinguiu o feito ao fundamento de não ter a empresa-ré legitimidade passiva, ademais da impropriedade do procedimento escolhido. O voto-condutor proveu o especial para cassar a decisão de indeferimento da inicial com as seguintes razões:

“Pretende ela ser indenizada pelos prejuízos que sofreu com o descumprimento do contrato de consórcio para aquisição de um automóvel que ela acreditava ter firmado com a empresa Motorauto S/A. E enumera as circunstâncias que a levaram a assim pensar: o consórcio denominava-se Motorauto; a sede era no endereço da empresa Motorauto S/A; os telefones são os mesmos; a publicidade feita destacava apenas a logomarca Motorauto; os vendedores apresentavam cartões da Motorauto; os veículos dos consorciados eram entregues pela Motorauto S/A; a empresa administradora do consórcio e a Motorauto S/A pertencem a membros de um mesmo núcleo familiar. Por isso pretende, com base nos dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre responsabilidade civil (arts. 159 e 1.518), e nos artigos do Código do Consumidor (arts. 4º e 30), ver declarada a responsabilidade da ré, que permitiu essa situação enganadora quando da comercialização das quotas do consórcio, e a sua condenação à indenização pertinente, que restringiu à devolução do que pagou.

Assim posta a causa, ela somente poderia ser mesmo dirigida contra a Motorauto S/A, pois é dela que a autora pretende receber a indenização pelo dano sofrido por confiar na situação que a empresa-ré permitiu fosse criada em torno do empreendimento, fato relevante não apenas para o interesse individual da reclamante, mas também à sociedade de consumo e à economia popular.

A autora quer ver reconhecida a responsabilidade de quem fez a publi-

cidade, nos termos do art. 30 do Codecon, e extrair dali as conseqüências necessárias. Não afirma ser a ré a administradora do consórcio, apenas lhe atribuiu ter permitido fossem criadas as condições para que os outros confiassem no empreendimento, que aparecia como sendo seu, ou pelo menos de sua responsabilidade, explorando a credibilidade e a confiança que obteve no mercado. E como se nos consórcios que hoje são feitos em nome de grandes empresas fabricantes, como por exemplo o consórcio GM, pudesse esta escusar-se de qualquer responsabilidade, atribuindo-a a uma outra pessoa jurídica, desconhecida e sem qualquer idoneidade no mercado. A defesa poderia ser apresentada, mas não é legítima e fere a boa fé” (REsp nº 113.012 – MG).

Outro precedente, este do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, considerou a empresa-ré responsável pela propaganda enganosa, destacando o voto do Juiz Quintino do Prado: “Fácil constatar a forma com que a apelante vem induzindo o público em erro quanto à quantidade e ao preço dos produtos por ela ofertados. Dos anúncios trazidos à colação com peça de ingresso, constata-se que as advertências feitas ao público consumidor, no tocante à duração das promoções, passam facilmente despercebidas, não só pela letra minúscula usada, bem como pela incômoda posição vertical ao anúncio, não percebendo-se, tal advertência, no conteúdo publicitário de toda a página. Comentando o art. 30, da Lei nº 8.078/90, observa **Francisco Cavalcanti**, que: “O objeto de norma é vincular o fornecedor à oferta pública, realizada, evitando que a informação ou publicidade sedutora não seja apenas um veículo para atrair clientes ao estabelecimento do ofertante. Em se tratando de oferta promocional deve o fornecedor, no corpo da mensagem, deixar *clara a limitação temporal da oferta*” (Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Livraria Del Rey Editora, 1991, p. 80). E comentando esse acórdão, **Fábio Ulhoa Coelho** destaca o art. 36 do Código (A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal), para asseverar que correto o Tribunal “ao identificar a publicidade como enganosa, cujo conceito é diverso de propaganda simulada ou abusiva, já que na publicidade há indução ao consumidor a erro acerca do produto ou serviços por meio de falsas afirmações ou ausência de informações essenciais. No caso do acórdão, a ausência de informações acerca do produto e das condições do negócio foram tão limitadas ou disfarçadas que caracterizou-se a publicidade vedada pela lei, a qual exige apenas a potencialidade da indução do consumidor em erro” (Direito do Consumidor, vol. 15/165).

É preciso considerar, ainda, que a publicidade enganosa é crime contra as relações de consumo, tal como prescrito no art. 7º, VII (induzir o consumidor

ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive veiculação ou divulgação publicitária), da Lei nº 8.137/90. Vale mencionar precedente do Superior Tribunal de Justiça (**Habeas Corpus** nº 2.553-MG), designado para o acórdão o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com a ementa seguinte: “HC – Constitucional – Processual Penal – Consumidor – Denúncia – Consórcio – Publicidade enganosa – A exigência do art. 41, CPP, significa descrição do fato com todas as suas circunstâncias. A denúncia deve ser formal e materialmente homogênea. Formal, quando ajusta a descrição aos fatos; material, desde que exista um mínimo de indício, no sentido técnico da palavra, qual seja, fato do qual possa decorrer a demonstração ou a busca da evidência de outro fato. *Consórcio* é reunião de pessoas que formam poupança a fim de adquirir, com pagamentos parcelados, determinado bem, cujo preço será uniforme para todos os consorciados, independentemente da data de recebimento do bem obtido por sorteio, ou lance. *Publicidade enganosa* ou abusiva é induzimento de terceiros a erro para realizar algum negócio jurídico. Como infração penal, é fim em si mesma. Assim, não resta configurada quando se destina a atrair pessoas para aderir a consórcio. Este é um contrato formal. A pessoa atraída, antes de firmar a avença, tem conhecimento das respectivas cláusulas. Em sendo estas legais, nenhum ilícito se caracteriza.” Mas, o voto-vencido, do Sr. Ministro Anselmo Santiago considerou que a “divulgação em panfletos e outros meios de comunicação que os aparelhos, objetos do consórcio, eram adquiridos diretamente da fábrica (Sharp do Brasil S/A), o que, sem dúvida iludiu consumidores que se convenceram que estavam adquirindo produtos diretamente do fabricante, sem intermediários e conseqüentemente com preços melhores. Além disso, cobraram importâncias acima do preço tabelado e congelado pelo Poder Público”.

Há, ainda, outro precedente, que merece ser referido, do Superior Tribunal de Justiça, relator o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (**Habeas Corpus** nº 5.194-GO). A ordem foi impetrada contra decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que considerou o **habeas corpus** via inidônea para exame aprofundado de provas, presente inquérito policial preparatório para a ação penal. No caso, a Associação dos Moradores do Setor Criméia Leste, Goiânia, pediu a instauração de inquérito contra o paciente, representante legal da empresa Rápida Araguaia Ltda., concessionária do Sistema Integrado de Transporte Urbano, havendo imputação de propaganda enganosa, crime previsto no art. 66 do Código do Consumidor. O voto-condutor afastou a arguição de ilegitimidade da entidade representativa, “eis que os seus associados utilizam-se dos serviços explorados pela empresa concessionária de transporte, e assim está legitimada

para agir no exercício de representação coletiva de interesses dos associados, em geral, ou de interesses individuais integrados na coletividade”. Considerou, ainda, que “a **notitia criminis** envolve delito de ação pública incondicionada, que impõe a adoção de providências para apurar responsabilidade pela sua prática”. Todavia, a Corte considerou que a expressão divulgada “transporte levado a sério” não configura conduta típica, eis que “nada diz sobre os atributos da oferta dos serviços prestados pela Rápido Araguaia Ltda. Registra apenas, com outras palavras, que o transporte de passageiros merece o cuidado do dirigente da empresa. E isso poderia acontecer, mesmo se estivesse demonstrada a sua incompetência gerencial”, como opinou o Dr. Eitel Santiago, em parecer reproduzido pelo voto-condutor, o qual considerou, também as informações sobre a disponibilidade de lugares na linha. Por isso, “não deparando com comportamento típico sob o ponto de vista penal, configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal”.

Esses são, apenas, alguns traços sobre esse tema complexo e fascinante. A sociedade é que será responsável pela aceitação, prática desse Código recente, mas que diz com a vida social, com a dignidade do cidadão consumidor e usuário.

A Lei nº 9.099/95 e o Direito Penal Militar

Felix Fischer

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. A Lei nº 9.099/95 foi criada para regulamentar o art. 98, inciso I, da Carta Magna no que tange aos *juizados especiais* no âmbito da Justiça estadual e do Distrito Federal.

Na esfera criminal, assim que começou a correr o prazo da **vacatio legis**, surgiram publicações, ensaios e estudos, bem como encontros nos quais foram sendo firmados entendimentos acerca dos desdobramentos e do campo de incidência da **novatio legis**.

O texto legal não faz qualquer referência à Justiça Federal, à Justiça Eleitoral e nem à Justiça Castrense. Assim, neste ponto não se cogita, **ex vi legis**, da criação de *juizados especiais* em nenhum desses três segmentos da Justiça.

A **quaestio**, na verdade, no campo criminal, afora outras indagações de menor relevância, diz com a aplicação, ou não, de alguns institutos (*composição, transação, suspensão condicional do processo e representação* nos casos de lesões corporais leves e lesões corporais culposas) fora do campo da *Justiça Comum*.

A polêmica, já existente, decorre do fato de que aquelas regras inovadoras, por serem de *caráter misto* (alterando a estrutura processual penal e, ainda, apresentando reflexos penais em sede de ampla extinção da punibilidade), mostram-se, em relação ao ordenamento jurídico-penal comum, como hipótese de **lex mitior**. Decorre, daí, a observância ao disposto nos arts. 2º do CP e 5º, inciso XL, da **Lex Fundamental**. Mas, seriam casos de **lex mitior** fora do DP Comum? Poderiam, só por força de previsão na Lei nº 9.099/95, ser utilizadas, v.g., no DP Militar e no DPP Militar?

Aqui, neste trabalho, se pretende demonstrar que, de **lege lata**, elas são inaplicáveis na Justiça Castrense.

2. Inicialmente, é bem de ver que a Lei nº 9.099/95 se dirige, flagrantemente, à legislação penal *comum*. Não só pelos limites constitucionais (art. 98, inciso I) mas porque, expressa e repetidamente, se refere àquela, como se vê dos arts. 66, parágrafo único, 77, § 2º, e 89 (destacando o art. 77 do CP) e 92 (aplicação subsidiária do CP e do CPP). E, a própria exposição de motivos – não como fator decisivo, mas como relevante indicativo – evidencia o objetivo do novo texto legal.

Enfim, e de qualquer modo, não há previsão de que as alterações, havidas genericamente como benignas, possam ser empregadas fora do âmbito explicitado. Quanto à legislação castrense, poder-se-ia, ainda, indagar: seria caso de analogia **in bonam partem**? De obediência ao princípio da isonomia? Queremos crer que não!

3. De fato, não se deve olvidar que, em nosso ordenamento jurídico (alguns países não possuem CPM), o DP Militar é DP *especial*. Ao contrário da legislação penal *complementar* ou *extravagante* (v.g., os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, os delitos previstos na Lei de Tóxicos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.), não poucas vezes, inadequadamente, denominada de especial ou de avulsa, e, em relação à qual, tem aplicação o disposto no *art. 12 do CP*, porquanto normas de DP *Comum* (o CP funciona, aí, como DP *fundamental*), a legislação penal *militar* compõe o DP *especial*. É **ius singulari** e não mero **ius privilegium**, apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio (fortemente calcado, o DPM, nos aspectos pertinentes à disciplina, à hierarquia, ao bom funcionamento das atividades militares e, de certa forma, à segurança do Estado) mesmo que não totalmente desvinculado da missão e da natureza do que deve ser o moderno Direito Penal. Tem ampla estruturação legal (o CPM tem parte geral diferenciada da legislação penal comum), destacando-se, de imediato, como ponto de partida, a preocupação basilar com *a ofensa a especiais deveres*, tendo em consideração, no dizer de **Jorge Alberto Romeiro**,¹ a qualidade da pessoa culpada da violação. **Heleno C. Fragoso**² tem-no como especial, visto que se “*aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação em que se acham*”. Na lição de **Asúa**, “*en todos los países, por razón de la especialidad de las personas y de la materia, y por necesidad jerárquica y disciplinar, se han dictado Códigos Penales Militares*”³ e que “*el rasgo más típico que se asigna al Derecho punitivo del Ejército de Tierra, Mar y Aire es una mayor severidad que la que impera en el Derecho común, oriunda de las exigencias de obediencia y disciplina*”.⁴ **Zaffaroni** ensina “*que el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal ‘común’ u ‘ordinario’ es el derecho penal militar, que puede ser considerado un ‘derecho penal especial’ en el sentido de que modifica algunos principios generales que contrarian el código penal, de acuerdo a la particular función tutelar que cumple, es decir, autónomo en cuanto a la especial naturaleza de su tutela y del estado*

1. **Romeiro, Jorge Alberto**. Curso de Direito Militar, Ed. Saraiva, 1994, p. 5.

2. **Fragoso, Heleno C.** Lições de Direito Penal, Ed. Forense, 12ª ed., P.G., p. 6, nº 4. Na mesma linha: **Mayrink da Costa, Álvaro**. Direito Penal, Ed. Forense, 3ª ed., vol. I, tomo I, p. 8.

3. **Asúa, L. Jiménez**. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, 3ª ed., tomo I, p. 66.

4. **Asúa, L. Jiménez**. Ob. cit., tomo II, p. 1.361.

militar de los autores, pero basicamente de carácter penal".⁵ E, guardadas certas peculiaridades do direito alemão, o caráter especial do DP Militar é destacado por **Maurach**,⁶ para quem "*el más importante derecho penal especial es el militar*".⁷

Dessarte, mesmo que haja, com conseqüências jurídicas de destaque, diferença entre crimes propriamente militares e crimes imprópria ou acidentalmente militares (v.g., arts. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, e 64, inciso II, do CP), o fato é que, entre nós, adotou-se, para definição do delito militar, o critério **ratione legis** (art. 124 da **Lex Maxima**). Reconhecido como tal, o evento recebe a valoração própria e específica estabelecida no DPM. Aplica-se, daí, na lição de **Jorge Alberto Romeiro**, o velho e basilar princípio **lex posterior generalis non derogat legi priori speciali**, ou seja "as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum, que não as derroga nem ab-roga".⁸ O Pretório excelso, mais de uma vez já deixou claro este entendimento (STF: RT 682/398, DJU de 19.03.93, p. 4.280 e RTJ 116/541). Não fosse assim, teríamos por conclusão que grande parcela da parte geral do CPM, estaria revogada desde o advento da Lei nº 7.209/84 (com várias normas penais mais brandas).

Por outro lado, a distinção, preconizada por parte da doutrina, entre DP comum e DP especial, em razão do órgão de aplicação jurisdicional⁹ não acarreta qualquer conseqüência prática de realce. O DP seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos, inútil (v.g., nos Estados que não possuem Tribunal de Justiça Militar, o DPM seria especial em primeiro grau e comum em segundo grau...).

Na realidade, o CPM é *fundamental* em relação à *legislação penal militar complementar* (art. 17, 1ª parte do CPM), assim como o CP comum é *fundamental* em relação à *legislação penal comum complementar* (art. 12 do CP). Só, **ex hypothesis**, a falta de ampla sistematização e estruturação legal é que poderia levar a uma conclusão diferente ou a uma abordagem diversa para caracterizar o direito substantivo penal castrense.

4. Na questão aqui enfocada, da aplicabilidade no DPM das normas de

5. **Zaffaroni, E. R.** *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1980, tomo I, pp. 209-210.

6. **Maurach, R. e Zipf H.** *Derecho Penal*, Ed. Astrea, 1994, tomo I, p. 135.

7. **Jescheck, H.H.** *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Comares, 1993, p. 97, indicando, tal como **Maurach/Zipf**, ob. cit., p. 135, que, no Direito alemão, civis podem ser processados por induzimento ou cumplicidade em delitos militares.

8. **Romeiro, Jorge Alberto.** Ob. cit., p. 20.

9. **Marques, J. Frederico.** *Curso de Direito Penal*, S. Paulo, 1954, pp. 20-21; **Noronha, E. Magalhães.** *Direito Penal*, Saraiva, 1977, p. 18, nº 8; **Jesus, Damásio E.** *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 15ª ed., vol. I, p. 8.

caráter misto (como **lex mitior**) previstas na Lei nº 9.099/95, nunca é demais lembrar que a interpretação deve ser técnica e não apenas literal. Pouco impressiona o argumento calcado no ato de pinçar, por assim dizer, uma expressão ou um trecho do texto legal (v.g., "... abrangidas ou não por esta lei...", art. 89) e ignorar o restante, principalmente, aspectos outros de valia decisiva. Igualmente, é de difícil aceitação o bloqueio do procedimento interpretativo via precipitação generalizada através do emprego *deslocado e antecipado* de brocardos clássicos (v.g., **ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus**).¹⁰ Tudo isso, evidentemente, pode gerar graves equívocos, mormente com a prática, muito comum, do argumento **ad verecundiam**. Se interpretar é buscar o conteúdo e o significado da lei, atentando-se, todavia, para o seu escopo, para o sentido geral da ordem jurídica e da própria função do ramo do direito (cfe. **H.C. Fragoso**);¹¹ então, queremos crer que a pretensão da ampla aplicação das alterações indicadas encontra amparo, tão-só, na interpretação gramatical e, assim mesmo, de parte do novo texto legal.

5. *A composição dos danos civis* (art. 74 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95) não tem, por si, qualquer sentido na legislação penal militar em vigor, porquanto, nesta, à exceção dos poucos casos indicados no art. 122 do CPPM (ação penal pública condicionada à requisição ministerial) e da discutível admissão, por força do art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, da ação penal privada subsidiária, na esfera castrense, a ação penal é *sempre pública incondicionada* (arts. 29 do CPPM e 121 do CPM). E, como se vê do art. 76 da nova lei, a composição *não impede* o processo quando se tratar de delito de ação penal pública incondicionada.¹² Não há nem que falar em **novatio legis in melius**, ainda que fosse admissível o cotejo entre as normas do DPM e as referentes à composição criada pela lei supra.¹³ A reparação do dano se apresenta no CPM, na forma de arrependimento **post factum**, v.g., nos arts. 123, inciso VI, 303, § 4º, 250, 253, 254 e 260, parágrafo único, do CPM."¹⁴

6. *A transação* (arts. 72, **in fine**, 76 e 79 da Lei nº 9.099/95), como proposta de aplicação imediata de pena menos grave, ou seja, como está explicitado nos artigos mencionados, de pena restritiva de direitos ou de multa, não guarda relação com o DPM em vigor. O CPM não contempla a pena de multa e nem a sistemá-

10. **Maximiliano, Carlos**. *Heremênutica e Aplicação do Direito, Forense*, 1981, 9ª ed., pp. 103-105.

11. **Fragoso, Heleno C.** *Ob. cit.*, nºs 75 e 76, pp. 82-84.

12. **Jesus, Damásio E.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Ed. Saraiva, 1995, p. 58.

13. Em sentido contrário: a) **Grinover, A. P.** & outros. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei nº 9.099/95*, S. Paulo, pp. 95-9 e 119; b) Segunda conclusão da Comissão Nacional, instituída pela Escola Superior da Magistratura, em 27 e 28.10.95.

14. **Romeiro, Jorge Alberto**. *Ob. cit.*, pp. 103-104.

tica de penas substitutivas. Ele apresenta (v. RTJ 116/541) penas principais (art. 55) e acessórias ou *complementares* (art. 98). Estas dependem da aplicação das principais. Aquelas, as principais, estão previstas nos preceitos sancionadores da Parte Especial. Querer aplicar a pena não privativa de liberdade, prevista para um crime, em outro, com a devida vênua, é legislar a pretexto de utilizar a **lex mitior**. É criar uma legislação híbrida, sem qualquer amparo legal ou jurídico.

7. A exigência da *representação*, como condição de procedibilidade nos crimes de *lesões corporais leves* e de *lesões culposas* (arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95), não pode ter aplicação no DPM. É que, como já antecipamos, no CPM e no CPPM, não existe *representação* como condição de procedibilidade mas, unicamente, como **delatio criminis** (v. art. 33 e §§, do CPPM). Ressalvados os poucos casos sujeitos à requisição (art. 122 do CPPM), e a questionável ação subsidiária, a legislação castrense só permite a ação penal pública incondicionada (arts. 29, 34, 54 e 122 do CPPM e arts. 121 e 122 do CPM).

Na *legislação penal militar* não há qualquer preocupação ou, ainda, consideração em relação aos efeitos concretamente danosos para o eventual ofendido (ou sua família) em decorrência da ação penal. O **streptitusfori** não é levado em conta. Por exemplo, nos crimes contra a honra (arts. 214 a 221 do CPM), no delito de ameaça (art. 223 do CPM), no crime de corrupção de menores (art. 234 do CPM), etc., ao contrário da *legislação penal comum*, a ação penal é pública *incondicionada*. É que, sendo infração militar, definida legalmente como tal, o bem jurídico tutelado apresenta contornos diferentes daquele da esfera do direito penal comum. O Estado é atingido pela conduta delituosa. Ele se apresenta, no DPM, sempre, como sujeito passivo *material* (e não, apenas, *formal*). Pode ser o único ou acompanhado de outro prejudicado pelo comportamento criminoso, mas ele é, em todos os casos, sujeito passivo.¹⁵ Conseqüentemente, uma **lex generalis** não pode afetar a estrutura diferenciada do DPM e do DPPM, com a inserção de um instituto ali estranho e sem nenhuma razão de ser. Além de se constituir, na legislação castrense em vigor, inovação sem nexos, tal intromissão propiciaria uma fonte inconcebível de anarquia, uma vez que os delitos indicados no art. 88 da Lei nº 9.099/95 estão, no CPM, pela própria característica deste, ligados aos aspectos da *hierarquia e da disciplina*. A apuração não pode ficar a critério do eventual ofendido. O Estado tem, também, interesse na **persecutio criminis**, não importa a posição, na escala hierárquica, dos envolvidos. Seria até desumano, fantasioso, deixar-se a critério do subalterno lesionado a apuração do delito. Da mesma forma, a condescendência de um superior lesionado seria algo incompatível

15. Jesus, Damásio E. Direito Penal. Ed. Saraiva, 15ª ed., vol. I, p. 153.

com a disciplina militar. Na legislação penal militar, por suas peculiaridades, já alinhadas, *todas as infrações* devem, de ofício, ser apuradas (exceto os casos indicados no art. 122 do CPPM e, isto por razões políticas) independentemente da vontade da pessoa concretamente atingida ou prejudicada.

8. Quanto à *suspensão condicional do processo* (art. 89 e §§, da Lei nº 9.099/95), pensamos que este instituto também não se ajusta à legislação militar vigente.

Em primeiro lugar, como já foi visto, a estrutura da **novatio legis** é inteiramente voltada para a legislação penal comum.

Em segundo lugar, se o DP, mesmo o militar, funciona como indispensável *reforço de tutela jurídica*, o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 neutralizaria, no tocante a muitos delitos, a legislação penal castrense. As sanções disciplinares seriam, *em grande parte dos ilícitos militares*, mais drásticas, com acentuado poder de intimidação. *Haveria uma inversão de valoração*. Por exemplo, em casos específicos, tais como nos arts. 240, em seus §§ 1º e 2º, 250, 253, 254, 260, parágrafo único, e 330 do CPM, a infração penal pode ser desclassificada para disciplinar. Ora, como a aplicação da suspensão condicional do processo *pode afetar amplamente a punibilidade* (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95), a sanção disciplinar provavelmente não seria a solução mais benigna. O réu preferiria, na maioria das infrações militares de ocorrência mais freqüente, o processo criminal ao disciplinar. A sanção penal seria, como previsão legal, um ornato, sem significado dentro da legislação castrense. E, se tudo isto não bastasse, **Jorge Alberto Romeiro** ainda alerta para a impossibilidade de cumulação da sanção penal com a disciplinar pelo cometimento de um mesmo fato, **ex vi** § 2º do art. 42 do Estatuto dos Militares e regulamentos disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.¹⁶ A punição disciplinar, nessa linha de raciocínio, poderia ser aplicada, subsidiariamente, no caso de absolvição pelo crime (exceto na negativa do fato ou da autoria). E, aceita essa assertiva adicional, aí então, definitivamente, a aplicação da *suspensão condicional do processo* se evidencia, de uma vez por todas, incompatível com a legislação militar (v. art. 19 do CPM e arts. 8º e 9º do Decreto nº 76.322/75).

9. A Lei nº 9.099/95 não altera o CPM, e nem o CPPM, basicamente, em virtude do princípio da *especialidade*. O recurso à analogia **in bonam partem**, por seu turno, como forma de auto-integração da ordem legal, seria uma solução errônea, dada, inclusive, a ausência de identidade da **ratio legis**. Finalmente, e por mais forte razão, incabível se mostra, também, o apelo ao princípio da isonomia. *Conseqüentemente*, nenhuma das citadas normas mistas da Lei nº 9.099/95 tem aplicabilidade na legislação militar vigente.

16. **Romeiro, Jorge Alberto**. Ob. cit., pp. 11-12.

O Exame Psicotécnico nos Concursos Públicos

Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Os primeiros registros da Psicologia como ciência remontam à segunda metade do século XIX, com a publicação da obra de **Gustav Theodor Fechner** (*Elementos de Psicofísica*, 1860), e o início das pesquisas de **Wilhelm Wundt**, na Universidade de Leipzig, e **William James**, em Harvard, no ano de 1875 (**Michael Wertheimer**, *Pequena História da Psicologia*, Cia. Editora Nacional, 2ª ed., pp. 17/18).

Entre nós, o impulso fundamental deu-se apenas com a Lei nº 4.119, de 05.09.62, que instituiu os currículos dos cursos de Psicologia no país e criou a profissão de psicólogo, portanto, com considerável atraso comparativamente aos países europeus e Estados Unidos, o que levou, em 1971, a professora **Maria Aparecida Campos Mamede Neves**, em tese de mestrado na PUC-RJ, a concluir que “o psicólogo ainda não é, no Brasil, um profissional bastante conhecido. Malgrado a freqüência com que é citado, poucas vezes se reconhece a importância de seu trabalho, pequeno valor se dá à sua função, e nem mesmo se tem satisfatoriamente definido o âmbito de seu desempenho” (**Álvaro Cabral e Eduardo Pinto de Oliveira**, *Uma Breve História da Psicologia*, Zahar Editores, 1972, p. 294).

Seria certamente exagerado afirmar que o quadro permanece o mesmo passados vinte e cinco anos. Pouco a pouco, o reconhecimento da importância da Psicologia no mundo moderno vem se ampliando: vencendo resistências absolutamente anacrônicas daqueles que, por desinformação ou puro preconceito, superpõem pensamentos leigos sobre ciência que não dominam.

Uma das mais palpitantes discussões jurídicas relativas à Psicologia verifica-se na área do exame Psicotécnico aplicado em concursos públicos para aferição da adequação da personalidade do candidato ao cargo oferecido. Elementarmente, constitui interesse do Estado que o servidor possua perfil compatível com a função que irá desempenhar, para que a prestação da atividade se dê de forma ideal, bem atendendo aos administrados, isto é, à população em geral. Mas as contestações têm sido inúmeras a esse utilíssimo e eficaz instrumento de avaliação.

A primeira resistência ao psicotécnico que se vê colocada refere-se à própria constitucionalidade do exame, ao argumento de que o art. 37, II, ao prever o ingresso no serviço público através de concurso de provas ou de provas e títulos, automaticamente o excluiria, por ausência de previsão específica. A tese, todavia, não encontrou respaldo jurisprudencial. Com efeito, o inciso I, do mesmo dispositivo, igualmente estabelece que dos candidatos podem ser exigidos outros requisitos. Daí a possibilidade de aferição da situação individual de cada concorrente através de exames específicos de acordo com a necessidade da administração, como o médico, o deontológico e o psicotécnico. Mas sobreleva, para tanto, uma exigência de ordem constitucional: o requisito deve estar expresso na lei que regula o certame ou na que fixa os pressupostos de preenchimento do cargo, sendo inadmissível a imposição meramente editalícia, em resoluções e demais atos regulamentares infralegais (cf. STF, T. Pleno, MS nº 20.973-89/DF, DJU de 24.04.92, STJ, 5ª Turma, REsp nº 0028936-92/PA, DJU de 19.04.93; TRF – 1ª Região, 1ª Turma, AMS nº 95.01.10342-0/DF, DJU de 02.10.95).

Em seqüência a esta questão, surgem argumentos de oposição que, embora não ataquem diretamente a validade do exame psicotécnico, em última análise nada mais representam do que a negativa da sua razão de ser. É o que se verifica quando se propõe o aproveitamento de teste realizado para cargo público diverso. O exame psicotécnico, como sabido, é elaborado por métodos científicos de avaliação da personalidade, de sorte que condiz, forçosamente, com a característica das atribuições de cada cargo, ainda que para o leigo isso possa parecer minúcia irrelevante. Um agente de Polícia Federal pode ser excelente naquilo que faz, mas não ser adequado para exercer o cargo de delegado. Idem um militar, ou vice-versa. A judicatura e o Ministério Público guardam identidade em alguns aspectos, é certo, mas há diferenças importantes. Cada certame exige uma avaliação em separado e válida apenas para aquela disputa. Com algum tempero, é claro, o mesmo se pode dizer de concursos feitos para o mesmo cargo. O ser humano está em constante mutação, daí que um candidato aprovado, por exemplo, em concurso para delegado, que logrou êxito no psicotécnico, mas não assumiu o cargo, não se acha, absolutamente, isento de prestar novo exame, em certame futuro. Deve prestá-lo e obter aprovação. Se o conhecimento técnico do candidato encontra limite de aproveitamento na Constituição Federal, que fixa a validade dos concursos em dois anos, prorrogáveis por mais dois (art. 37, III), por que imaginar-se perene o quadro psicológico de uma pessoa?

Outra controvérsia surgida nos tribunais relaciona-se com o teor do exame psicotécnico. Inclinou-se a jurisprudência por prestigiar os testes objetivos

apenas, por acreditar que apenas estes contêm critério científico e podem ser isonomicamente aplicados aos candidatos. Pelo que foi dito acima, não é absolutamente singular esse posicionamento. À falta de maior conhecimento sobre o assunto, optou-se pela cautela, mas, realmente, sem base científica. Na verdade, o pressuposto continua sendo o de que não parece razoável, à luz da ciência jurídica, que entrevistas possam ser isentas ou suficientemente esclarecedoras de situações pessoais, de modo a permitir um diagnóstico sobre o perfil do candidato. Parece-me haver um excesso de nossa parte, operadores do Direito que, sem qualquer estudo específico “julgam” o que nos parece razoável ou não em ciência que ignoramos, admitindo-a ou não, quase que onipotentemente. Por que não ser aceito um diagnóstico do psicólogo entrevistador, se se trata de matéria de sua competência, para a qual estudou, foi treinado e se aperfeiçoou? Contudo, tem sido visto como inteiramente nulo esse trabalho, e creio que preconceituosamente, merecendo reestudo a questão.

De outra parte, existem direitos dos concorrentes que são inafastáveis, e a Administração, ao promover o concurso, deve observá-los com rigor. É a hipótese da vista do exame psicotécnico e do direito de dele recorrer o candidato inabilitado, pois que isto é assegurado na Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, não cabendo apontar o óbice da quebra de sigilo profissional como motivo à recusa, pois o resultado desfavorável é divulgado apenas para o candidato interessado e não publicamente (STJ, 6ª Turma, REsp nº 28517-92/DF, DJU de 25.10.93; 5ª Turma, REsp nº 32.396-93/DF, DJU de 07.02.94).

Em qualquer hipótese, o diagnóstico do profissional deve ser sempre justificado e conclusivo, descartando-se peças carentes de fundamentação, lacônicas ou evasivas. Efetivamente, pela gravidade da repercussão do laudo, que pode significar a inabilitação de um candidato, não há espaço para ressalvas ou meras insinuações inconcretas. A certeza se impõe.

Enfim, a aplicação dos testes psicotécnicos nos concursos produz inegável resultado positivo. Se ainda existem falhas, a solução certamente não estará no banimento de tão importante método de avaliação, mas no constante aperfeiçoamento do seu emprego para que se alcance ideal harmonia entre o interesse da administração pública, que representa a coletividade, e o direito individual de cada concorrente. Sem prevenção, preconceito ou ceticismo.