



**Superior Tribunal de Justiça  
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista**

# Doutrina

Superior Tribunal de Justiça  
*Edição Comemorativa - 15 anos*

**2005**

**Brasília — DF**



**DOAÇÃO**

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**Gabinete do Ministro-Diretor da Revista**

Diretor  
Assessora do Ministro  
Chefe de Gabinete  
Assessores Judiciários

Oficiais de Gabinete

Assistentes

Estagiários

Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho  
Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro  
Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha  
Francisco Marcos Batista  
Nely van Boekel  
Francisco das Chagas Caetano Filho  
Maria do Socorro Medeiros  
Rossele Silveira Curado  
Bruno Andrade Costa  
Carlos Cardoso de Oliveira  
Gerson Prado Silva  
Hekelson Bitencourt Viana da Costa  
Jéter Rodrigues  
Maria Angélica Neves Sant'Ana  
Sebastiana Alves de Oliveira  
Silon Carvalho Souza  
Débora da Silva Antunes  
Fábio José Dias Chaves  
Flávia Wanis Ribeiro de Sousa  
Michelle Souza Martins  
Ruth Nadja de Oliveira Rodrigues

**Superior Tribunal de Justiça**

[www.stj.gov.br](http://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) 319-6490  
Fax (0xx61) 365-3977 - 365-2407 - e-mail:  
[revista@stj.gov.br](mailto:revista@stj.gov.br)

Publicação e Distribuição:

**Editora Brasília Jurídica Ltda.**

SDS, Bl. «O», Lojas 9, 13 e 17

Ed. Venâncio VI, 1ª subsolo

70393-900 - Brasília-DF

Telefone: (0xx61) 224-4607 - SAC: 0800-  
612020

**Capa:**

William F. Bronkowski

**Diagramação:**

Daniel Sampaio

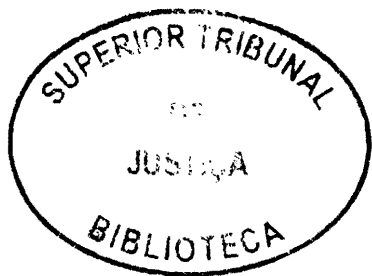
**Doutrina do Superior Tribunal de Justiça:**  
edição comemorativa 15 anos / (organizado pelo)  
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista.  
Brasília: STJ, 2005. 492 p.

ISBN 85-7469-255-7

1. Direito, coletânea, Brasil. 2. Doutrina, coletânea, Brasil. 3. Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*. 4. Tribunal Superior, Brasil. I. Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*.

**CDU 347.992(81)**





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PLENÁRIO**

Presidente	Ministro Edson Carvalho Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Vital Naves
Diretor da Revista	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Augusto Delgado
	Ministro José Arnaldo da Fonseca
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
	Ministro Gilson Langaro Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
	Ministra Eliana Calmon Alves
	Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
	Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
	Ministro Domingos Franciulli Netto
	Ministra Fátima Nancy Andrighi
	Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
	Ministra Laurita Hilário Vaz
	Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro José de Castro Meira
	Ministra Denise Martins Arruda
	Ministro Hélio Quaglia Barbosa
	Ministro Arnaldo Esteves Lima

## SUMÁRIO

Apresentação .....	7
Comemoração dos 15 anos do Superior Tribunal de Justiça .....	11
– Ministro Antônio de Pádua Ribeiro – Superior Tribunal de Justiça	
– Gilda Pereira de Carvalho – Subprocuradora-Geral da República	
– Roberto Rosas – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	
– Ministro Edson Vidigal – Presidente do Superior Tribunal de Justiça	
A Contribuição do Superior Tribunal de Justiça na Consolidação do Princípio da Confiança – Professor Arnaldo Wald .....	29
A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional – Desembargador Humberto Theodoro Júnior .....	49
Bernardo Pereira de Vasconcellos, O Legislador – Ministro Adhemar Ferreira Maciel .....	79
Breves Observações sobre a Carência de Ação – Ministro Eduardo Ribeiro ...	93
Coisa Julgada em Matéria Constitucional: Eficácia das Sentenças nas Relações Jurídicas de Trato Continuado – Ministro Teori Albino Zavascki ....	107
Combate ao Crime – Dever do Estado, Responsabilidade de Todos – Ministro Nilson Naves .....	133
Controle Externo da Magistratura Heterogênea – Ministro Domingos Franciulli Netto .....	139
Da Responsabilidade do Provedor de <i>Internet</i> nas Relações de Consumo – Ministro Castro Filho .....	157
Depoimento – STJ – Recurso Especial – Primórdios – Ministro José Dantas .....	175
Do Erro Médico – Ministro Carlos Alberto Menezes Direito .....	185
Estado Social e Direitos Fundamentais – Professor Jorge Miranda .....	199
Ética e Direito na Formação do Juiz – Juiz José Renato Nalini .....	221
Incorporação e Recesso na Dogmática Societária – Ministro Xavier de Albuquerque .....	235
Mandado de Segurança: Tutela Preventiva, Inibitória e Específica. Da Suspensão da Segurança – Professora Ada Pellegrini Grinover .....	261

Medida Cautelar — Ministro Francisco Peçanha Martins .....	273
Nos próximos quinze anos o STJ reapreciará todo Direito Comum — Dr. Walter Ceneviva .....	281
O Ato Cooperativo e o Tratamento Tributário Constitucional — Professor Ives Gandra da Silva Martins .....	307
O Papel da Jurisprudência no Brasil. A “Súmula” e os Precedentes Jurisprudenciais. Relatório ao Congresso de Roma — Ministro Athos Gusmão Carneiro .....	325
O Prequestionamento na Doutrina e na Jurisprudência — Ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos .....	347
O Princípio da Proporcionalidade nos Quadros da Dogmática Contemporânea — Professor Arruda Alvim .....	367
Os Incentivos Fiscais à Exportação e a Vigência do Decreto-Lei n. 491/1969 após a Promulgação da Constituição Federal (ADCT, art. 41) — Ministro Demócrito Reinaldo .....	397
O Sistema Federalista no Brasil e o Superior Tribunal de Justiça — Ministro Waldemar Zveiter .....	409
Recursos Cíveis Ordinários e Regimentais, no Superior Tribunal de Justiça — Ministro Humberto Gomes de Barros .....	431
RDD — Regime Disciplinar Diferenciado — Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro .....	449
Responsabilidade Civil no Direito de Família — Ministro Ruy Rosado de Aguiar .....	457
Terras Indígenas — Ministro Ilmar Galvão .....	473

## APRESENTAÇÃO

Em 1965, na Fundação Getúlio Vargas, reunidos sob a Presidência do Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, eminentes juristas haviam preconizado a criação de uma Corte que viesse a absorver parte da competência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a apreciação de um recurso de natureza extraordinária adstrito ao plano do Direito federal comum. A idéia terminou por vingar com a promulgação da Carta Política de 1988, que instituiu o Superior Tribunal de Justiça, destinado precipuamente a zelar pela autoridade e uniformidade da legislação federal infraconstitucional. Instalou-se a nova Casa de Justiça no dia 7 de abril de 1989 e, desde então vem ela desempenhando com denodo e eficiência exemplares a missão que lhe foi confiada.

Embora tenha completado há pouco quinze anos de existência, o STJ já faz parte da história do Poder Judiciário nacional. Para ele convergem as causas de interesse do cidadão comum, dos mais variados matizes, abrangendo todo e qualquer ramo do Direito. Ganhou notoriedade não só pelo volume assombroso dos feitos que julga, mas sobretudo pela presteza e pelo padrão elevado de suas decisões, qualificativos que tem procurado preservar a fim de atender à demanda da sociedade, a despeito da plethora de processos que lhe chegam diuturnamente. É ele, tanto quanto os demais órgãos do Poder Judiciário nacional, o guardião das liberdades públicas; são submetidas ao seu crivo, em última análise, as grandes causas nacionais, como é o caso, exemplificativamente, da aplicação de indexadores da correção monetária do FGTS; o reajuste de proventos dos cidadãos aposentados; as milhares de causas relativas aos diversos planos econômicos expedidos pelo Governo Federal.

Há o consenso de que o grande questionamento da Justiça, nos dias atuais, é a morosidade na solução dos litígios.

Para ser eficaz o Poder Judiciário, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, é imperioso e urgente que se repense o hipertrofiado sistema recursal brasileiro. Para cá aportam cerca de mil processos por dia, o que está a exigir de seus Ministros um esforço incomum com a incrementação de aproximadamente 30% na produção mensal de cada um. Basta assinalar que, no período compreendido entre 7 de abril de 1989 a 31 de agosto de 2004, foram distribuídos nesta Casa 1.446.778 feitos; somente em 2004, até o dia 20 de setembro, 140.564 processos.

Sabe-se que o Direito está a evoluir dia a dia; que passa por amplas e velozes transformações, tanto quanto a sociedade. Como lembrou o Ministro **Prado Kelly**, “a vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito”. Assim, para que haja uma prestação jurisdicional pronta, ágil e eficiente é preciso que o sistema de recursos seja racionalizado e que, mesmo com sacrifício de parte de sua competência, ao Superior Tribunal de Justiça sejam endereçadas questões federais de interesse efetivamente nacional, e não do interesse exclusivo das partes, como tem ocorrido. Há que se propiciar aos seus Julgadores modos e meios para cumprir os seus deveres com rapidez e qualidade compatíveis com a envergadura de suas atribuições, e, para isso, são necessárias reformulações do sistema adequadas, racionais e urgentes, conforme acima ressaltado. O recurso especial, cuja natureza é extraordinária, somente deveria alçar a este Tribunal Superior em caráter excepcional, uma vez que as partes já dispõem ordinariamente do duplo grau de jurisdição com a amplitude que o caracteriza.

Não tem sido assim, na verdade, em face da distorção que a cada dia vem acentuando-se.

Bem assinalou o Professor Dr. **Roberto Rosas**, digno Representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por ocasião da recente solenidade de comemoração dos quinze anos do Superior Tribunal de Justiça: “Esta Corte foi criada para ajudar no combate à crise. Tem lutado tenazmente para superá-la, e atender ao cidadão, que respeita a Justiça, acredita no Judiciário, o mais respeitado, e acatado dos poderes, aqui, e no mundo. Necessita de meios, de fórmulas, mas o mundo jurídico agradece a este Tribunal pelo que fez, e fará, mas nos unamos numa cruzada para evitar uma chamada crise do Superior Tribunal de Justiça”.

Cumprindo à risca a Constituição e as leis da República até hoje, o STJ vai seguir adiante, agora e sempre na mesma linha, mais ainda com o compromisso de interpretar e aplicar o novo Código Civil, a Constituição do homem comum. Para o Dr. **Walter Ceneviva**, um dos ilustres colaboradores desta obra, “a aplicação efetiva do Código de 2002 dependerá da formação jurisprudencial a ser contida em seus arestos”.

O Direito comum tem sido, de fato, apreciado a fundo pelo Superior Tribunal de Justiça; assim é e continuará sendo. Presente a advertência do Ministro Milton Luiz Pereira, inserta em sua inexcedível oração proferida na solenidade comemorativa dos dez anos da instalação do Superior Tribunal

de Justiça: “O Poder Judiciário não é apêndice ou órgão subordinado. É um dos Poderes da República e, com o Executivo e o Legislativo, é pilar da soberania. Não integra os demais: é o Poder do Estado. Aquebrantado, esmorecerão as garantias fundamentais do cidadão nas situações conflitivas com o Estado e nas relações litigiosas privadas. Desacreditada a Justiça como guardiã das liberdades públicas, sem meios para submeter o Estado à Constituição e às leis, sem o respeito do cidadão, prevalecerá o desafio à ordem constituída e à segurança jurídica”.

**Raphael de Barros Monteiro Filho**

Ministro-Diretor da Revista

# **SOLENIIDADE COMEMORATIVA DOS 15 ANOS DE INSTALAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Benedito Roberto Silva de Carvalho**  
Mestre-de-Cerimônias

Com a palavra o Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

**Edson Vidigal**  
Presidente do Superior Tribunal de  
Justiça e do Conselho da Justiça Federal

Boa-tarde a todos.

Declaro aberta esta sessão solene, convocada para a celebração dos 15 anos de instalação deste Superior Tribunal de Justiça.

Para falar em nome desta Corte, concedo a palavra ao eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

**Antônio de Pádua Ribeiro\***  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Excelentíssimo Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Edson Vidigal; Exmo. Sr. Ministro Alvaro Augusto Ribeiro da Costa, representando S. Exa. o Sr. Presidente da República; Exmo. Sr. Ministro Carlos Ayres, representando o Supremo Tribunal Federal; Exmo. Sr. Senador Edison Lobão, representando o Senado Federal; Exma. Dra. Gilda Pereira de Carvalho, ilustre Subprocuradora-Geral da República, representando o Ministério Público; Exmos. Srs. Ministros deste Tribunal, em atividade e aposentados; Exmos. Srs. Representantes do Corpo Diplomático; Exmos. Srs. Ministros dos Tribunais Superiores; Exmos. Srs. Parlamentares Federais e Estaduais; Exmos. Srs. Magistrados Federais e Estaduais; Exmos. Srs. Integrantes do Ministério Público Federal; demais autoridades civis e militares; Srs. Advogados; Senhoras e

---

\* Texto revisado pelo orador

Senhores, destina-se esta sessão solene a comemorar o décimo quinto aniversário de instalação desta Corte, ocorrido no dia 7 do mês passado. Trata-se de acontecimento de grande significação para o País.

Algumas reflexões devem ser feitas nesta oportunidade, quanto à atuação do Poder Judiciário. Uma das mais importantes é a de que a sociedade está perdendo os seus referenciais.

De fato, a desagregação da sociedade é cada vez maior, a partir da própria família, sua célula-mãe. Decorre, em grande parte, do culto aos princípios próprios de uma coletividade movida pelo consumismo, que, em vez de ser estimulada a pensar e a esclarecer-se, vive, hoje em dia, a caminhar cega diante da luz. Sabe-se que quem não raciocina se deixa levar mais facilmente pelas emoções. Essas emoções são geradas por emblemas, mitos e factóides utilizados, com frequência, pela mídia e pelos detentores do poder político e constituem, muitas vezes, meios de conduzir o povo a aderir, de boa-fé, a propósitos malsãos a lhe destruírem as últimas esperanças de uma vida digna, fraterna e solidária. Tal proceder é que levou ao fascismo e ao nazismo, com as suas conseqüências funestas, que atingiram até mesmo o culto povo alemão, condenando-o a um processo de humilhação e desagregação que até hoje enfrenta.

Esse panorama, pouco promissor, dificulta a atuação do Judiciário, que, segundo a Constituição, é um Poder do Estado. Contudo, mais que um poder, exerce a autoridade, no sentido romano **potestas in populo, auctoritas in senatu** (o poder tem o povo, mas a autoridade é do Senado). A distinção é importante, pois, segundo lembra Hannah Arendt a “autoridade, etimologicamente, significa o que ‘aumenta’ o poder”.<sup>1</sup> Referindo-se à Constituinte de 1958, na França, Antoine Garapon, juiz francês, assinala que o termo “poder judiciário” foi adotado, no sentido preconizado por Montesquieu, para minimizar a Justiça, esclarecendo, com citação de P. Royer, que, “na qualidade de conhecedores da Antiguidade e de alunos dos padres de uma Igreja que, em outros tempos, opunha com fins políticos a **auctoritas** do papa à **potestas** dos reis para melhor os controlar, os constituintes, visando *rebaixar* o judiciário, naturalmente preferiram o termo ‘poder’ àquele de ‘autoridade’, acarretando, no entanto, com isso — inclusive para os seus sucessores —, ao mesmo tempo em que a história se perdia, um enfraquecimen-

---

<sup>1</sup> Apud GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 179.



to e uma confusão de valores e de sentidos”. E acrescenta: “Ainda plenos da cultura latina, eles sabiam muito bem que a **auctoritas** é bem mais prestigiada e menos submissa numa democracia que a **potestas**, que é apenas o exercício visível do poder.”<sup>2</sup>

Esses ensinamentos não afastam, contudo, a visão de que o Judiciário exerce mais do que um “poder”, a “autoridade”. Pelo menos no Brasil. Isso porque, segundo esclarece o ilustre autor, lembrando o “Diálogo das carmelitas”, “a regra protege o poder, a autoridade protege a regra”.<sup>3</sup> O que faz o nosso Judiciário é senão proteger a regra de Direito, para distribuir justiça. A sua força não é a da espada nem a do dinheiro, mas apenas a que provém do Direito e da Justiça. Na verdade, da Justiça, palavra fácil de intuir, mas difícil de definir, que exprime toda a energia que mobiliza as suas atividades.<sup>4</sup>

Por exercer o Judiciário mais a “autoridade” do que um simples “poder”, é imperioso sejam os seus integrantes selecionados com extremo rigor e não apenas da forma burocrática como a que, hoje, ocorre. Tanto mais que o princípio da autoridade está a esfacelar-se, pois muitos daqueles que exercem altas funções públicas não se dão ao respeito e, por isso, não se fazem respeitar.

Dessa forma, impõe-se que os magistrados, antes de ingressarem no exercício das suas funções, tenham a sua vida exaustivamente pesquisada, a fim de que seja apurado não apenas o seu saber jurídico, mas também se possuem conduta irrepreensível no seio da sociedade, se a sua reputação é realmente ilibada, se são vocacionados para o exercício das altas funções que irão assumir. Com efeito, “a autoridade leva a moral ao poder, este em presta-lhe força”.<sup>5</sup>

É com esse norte que devemos ter presente uma notável página de Rui Barbosa que tivemos ensejo de reler na última Semana Santa sobre “O Justo e a Justiça”. Refere-se o insigne patrono dos advogados ao processo de Jesus, lembrando que “o quadro da ruína moral daquele mundo parece condensar-se no espetáculo da sua Justiça, degenerada, invadida pela política, joguete

---

<sup>2</sup> GARAPON. *loc. cit.*

<sup>3</sup> GARAPON. *op. cit.*, p. 180.

<sup>4</sup> KELSEN. Hans. **O que é a Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>5</sup> GARAPON, *op. cit.*, p. 179.

da multidão, escrava de César”. Demonstra que “por seis julgamentos passou Cristo, três às mãos dos judeus, três às dos romanos, e em nenhum teve juiz”. O texto alude especificamente ao juiz covarde, mas, diante do contexto que descreve, é perfeitamente aplicável ao juiz sem caráter, sem compromisso com os seus superiores deveres para com a Justiça. Eis a sua parte conclusiva:

“De Anás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as deserções da Justiça, corrompida pelas facções, pelos demagogos, pelos governos. A sua fraqueza, a sua inocência, a sua perversão moral crucificaram o Salvador, e continuam a sacrificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma, tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo do direito, um advogado da verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de idéias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a ordem pública, o pretexto, que renasce, para exculpar as transações de juizes, tíbios com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado, que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.”<sup>6</sup>

E em trecho da sua conferência sobre “A Justiça” complementa:

“A moralidade, nos homens consagrados ao serviço de julgar, não se apura somente dos atos profissionais. O mau filho, o mau esposo, o mau pai-de-família, o violento, o dissipado, o incontinente, apontados como tais pela sociedade, como tais denunciados pela imprensa, não têm capacidade moral para o exercício da judicatura em geral, quando mais da magistratura suprema, a que a Constituição pôs a cláusula estricte da notável reputação.”<sup>7</sup>

O homem cada vez mais tem fome e sede de Justiça. Não apenas da justiça que é praticada pelo Judiciário, mas também daquela da incumbência dos outros Poderes. Ao Legislativo, cabe elaborar leis justas, leis de interesse

---

<sup>6</sup> BARBOSA, Rui. **A imprensa**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1957. p. 67-71. (Obras Seletas de Rui Barbosa, v. 8, 1899)

<sup>7</sup> *Id.* **A justiça**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1913. p. 228. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 40, t. 6, 1913)

do povo e não das oligarquias, das corporações, dos eventuais detentores dos poderes políticos e econômicos. Ao Executivo, cumpre distribuir justiça, promovendo a justiça social, assegurando o acesso dos pobres à saúde, à educação, à moradia, à terra, destinando e aplicando, de fato, recursos públicos com esse objetivo.

Na medida em que o Legislativo e o Executivo falham no exercício das suas funções, perdem legitimidade. E essa perda de legitimidade se estende ao Judiciário, uma das três grandes colunas em que se apóia a existência do Estado democrático de Direito.

Nesta época, em que tudo se questiona, não se pode relegar o tema sobre a legitimidade do exercício dos três Poderes do Estado, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que servem. A perda de legitimidade, como doença insidiosa, pode aflorar quando menos se espera e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática.

De outra parte, não se pode olvidar que, sem transparência na atuação dos Poderes do Estado, com ampla liberdade de imprensa e expressão do pensamento não há democracia e, sem esta, não há justiça. Na verdade, “não há justiça sem imprensa. A publicidade é o princípio que preserva a justiça do corromper-se. Todo o poder que se oculta, perverte-se.”<sup>8</sup>

Fala-se que o século XIX teria sido do Poder Legislativo; o século XX, do Poder Executivo, e que o século XXI estaria destinado à proeminência do Poder Judiciário. É provável que essa afirmação tenha ou venha a ter pertinência. Não sei quanto esse deslocamento de poderes irá custar aos magistrados, nem quando estes estarão preparados para as suas novas funções. Mas essa é uma realidade que está sendo constatada em todo o mundo: “O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso, e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que

---

<sup>8</sup> BARBOSA, Rui. **Discursos parlamentares**: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952. p. 183. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 22, t. 1. 1895)

a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O Juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual ‘um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto’.<sup>9</sup>

Creio que o fato de a justiça tornar-se um espaço de exigibilidade da democracia irá ensejar e, talvez, já esteja a produzir, pelo menos no Brasil, um custo muito grande ao Poder Judiciário. É bem verdade que o legislador constituinte de 1988 foi sábio. Outorgou autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, deu-lhe a iniciativa da lei orçamentária no que se lhe refere (art. 99) e estabeleceu a liberação, em duodécimos, das verbas que lhe são consignadas no orçamento, entre outras providências (art. 168). Sabia que valorizar o Judiciário significava dar relevo à cidadania, tornando eficazes os direitos e garantias individuais, políticos e sociais. Por isso mesmo a Constituição então promulgada foi denominada pelo Presidente da Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, de “Constituição Cidadã”.

Desde então, porém, tudo se tem feito para dificultar ou cercear a atuação do Judiciário, seja na União, seja nos Estados. Criou-se a CPI do Judiciário. Aprovaram-se leis restringindo a sua atuação orçamentária. E atualmente está sob apreciação do Senado uma reforma constitucional que se encaminha em direção oposta à preconizada pelo constituinte originário. Procura-se, com o denominado “controle externo”, que – tudo leva a crer – viola “cláusula pétrea” consubstanciada no princípio da harmonia e independência entre os poderes, atingir-se, senão diretamente, pelos menos pela via oblíqua, a independência da magistratura. Convém lembrar que esta Corte, nas suas várias sugestões para a reforma do Judiciário, sempre propôs a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura composto somente de magistrados, mas com poderes para declarar a perda de cargo dos juizes por falta de decoro e falta de trabalho, especialmente de juizes corruptos, após procedimento administrativo em que se lhes assegurasse ampla defesa. Tratava-se de criar mecanismos, no próprio âmbito do Judiciário, que permitisse, com rapidez, atuar com firmeza para coibir, com rigor, deslizes pratica-

---

<sup>9</sup> GARAPON, Antoine. *op. cit.*, p. 48, com apoio em BREDIN, J. D. *Un gouvernement de juges*. Paris: Pouvoir, 1994. p. 81.

dos por seus integrantes que atingissem em cheio a sua respeitabilidade perante os destinatários dos seus serviços: o povo. Previa-se a criação de uma espécie de Corregedoria amplificada, a ser exercida, inclusive, sobre as mais altas autoridades judiciárias, sem prejuízo das demais relevantes atribuições de planejar e coordenar administrativamente todo o Poder Judiciário. Optou-se, porém, pelo denominado “controle externo”, mas esvaziado, isto é, sem poderes, sequer, para alijar dos quadros do Judiciário juízes corruptos. Viola-se, assim, um princípio constitucional fundamental, implantado pelo constituinte originário para proteger os cidadãos, sem que se alcance os objetivos maiores alvitados pela opinião pública para a criação desse importante Conselho. Será que tal proceder se justifica?

Diante desse quadro, providências urgentes se impõem para descongestionar os trabalhos dos Tribunais Superiores e do Excelso Pretório, hoje incompatíveis com a capacidade física dos seus Ministros, que não podem continuar a exercer suas funções, por muito tempo, com a atual intensidade sem comprometer a sua saúde.

A propósito, é preciso valorizar o trabalho das instâncias ordinárias e dos juizados especiais, federais e estaduais, permitir que a lei estabeleça casos de inadmissibilidade de recursos especiais, fazendo-o o Tribunal pela via regimental até a aprovação do diploma legal pertinente, criar a ação de interpretação da lei em tese e, quem sabe, a súmula vinculante para os Tribunais Superiores, ainda que limitada às causas ajuizadas em grande número nas quais se discutam questões jurídicas idênticas. Com esse intuito, impõe-se, também, a imediata aprovação de legislação processual e civil adequada aos tempos modernos.

Que o Congresso Nacional possa ainda, com sabedoria, promulgar uma reforma judiciária que não seja meio remendo assistemático ao texto vigente, que, ao invés de revigorá-lo e aprimorá-lo, caminhe, em termos de conquista de direito dos cidadãos, a patamares já ultrapassados pelo curso da história.

Nesse contexto de crises e de reformas, não se pode deixar de reconhecer que esta Corte, nos seus quinze anos de existência, muito fez e tem feito pelo País. Tem reiterado o seu testemunho e o seu exemplo no sentido de uma Justiça eficiente e transparente, em constante comunicação com a sociedade a que serve.

A propósito muito já se fez, com grandes sacrifícios, pelas anteriores gestões administrativas, a começar pelo seu primeiro Presidente, Ministro

Gueiros Leite, também, o último Presidente do extinto Tribunal Federal de Recursos, que teve a iniciativa de instituir a denominada “Comissão de Constituinte”, cujos trabalhos intensos durante quase dois anos, em colaboração com o Congresso Nacional, foi de muita valia para a criação desta Corte, do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais, e para a nova estruturação do Poder Judiciário deste País.

Instalado o Tribunal, providenciou-se a construção desta sua atual sede. Desenvolveu-se um sistema de informática modelar, operado por servidores qualificados, devidamente treinados, reduzindo-se a circulação de papéis e aumentando-se a transmissão de dados pela via eletrônica. Implantou-se a rede informática de alta velocidade, interligando esta Corte, os Tribunais Regionais Federais, a Justiça Federal e os seus principais clientes (Advocacia Geral da União, Procuradoria da Fazenda, Instituto Nacional da Previdência Social e Caixa Econômica Federal), visando-se à redução do custo Brasil e à implantação do denominado “processo virtual”. Pela primeira vez, obteve um Tribunal brasileiro o “Certificado de Sistema de Qualidade” ISO 2002. Facilitou-se o acesso dos advogados e do público ao andamento dos processos e ao inteiro teor das decisões da Corte. Pelo sistema “push”, o próprio Tribunal toma a iniciativa de levar, praticamente em tempo real, ao conhecimento dos interessados dados sobre o andamento dos processos. Ampliou-se consideravelmente o serviço médico, implantando-se o lactário e resguardando-se o “Pró-ser”, fundamental à assistência daqueles que prestam serviços a este Pretório e dos seus familiares. Aumentou-se o controle sobre a utilização das verbas públicas. A Biblioteca foi modernizada e o sistema de segurança totalmente reestruturado, não só quanto ao elemento humano, mas, também, no que se refere aos equipamentos modernos necessários ao eficiente exercício das suas funções. Os servidores foram lotados e distribuídos pelos diversos setores, segundo a sua especialização profissional, passando os concursos públicos a serem específicos para cada uma das suas categorias (advogado, contador, economista, administrador, médico, e outras profissões). Preocupou-se com a humanização do ambiente de trabalho e com a valorização do mérito dos servidores, destinando-se, com preferência, as principais funções de confiança, àqueles integrantes dos quadros da Secretaria. Procurou-se uma aproximação maior com a mídia, substituindo o denominado “juridiquês” por uma linguagem acessível à população. Aproximou-se o Tribunal das Cortes européias, bem como daquelas dos países ibero-americanos e de língua portuguesa. Aprovaram-se leis, cujos pro-

jetos foram sugeridos pelo Tribunal, visando à simplificação do processo, à criação de varas federais, à ampliação dos Tribunais Regionais Federais, à instalação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. Remodelou-se o prédio do Conselho da Justiça Federal, o seu serviço médico e todo seu sistema de informática. E muito mais se fez e será feito, tenho certeza, na atual gestão e nas que se lhe seguirem.

Desde a sua criação, em 07.04.1989, até o dia 30 de abril passado, o Tribunal recebeu 1.378.096 processos, dos quais julgou 1.265.942; encontram-se pendentes de julgamento 112.154, ou seja, 8,14% dos feitos distribuídos. De ter-se em conta que os processos residuais, não obstante o seu número considerável, correspondem às atividades de apenas um semestre da Corte, porquanto, só de fevereiro a abril deste ano, foram julgados 68.575 feitos. Embora a Justiça como um todo venha sendo, com razão, acusada de morosidade, há setores dela integrantes que não merecem essa pecha. Entre eles, inclui-se, sem dúvida, este Tribunal, que, para o seu êxito, tem contado com a integral dedicação dos seus Ministros e servidores.

Nestes últimos três lustros, merece relevo o fato de que a Corte passou a contar na sua composição com a presença feminina: inicialmente, em 1998, com a Ministra Eliana Calmon, a primeira mulher a integrar um Tribunal da Federação. Seguiram-se as Ministras Nancy Andrighi, Laurita Vaz e Denise Arruda. Essas notáveis Ministras, com o seu discernimento e percepção privilegiados, competência e espírito público, muito têm colaborado para alimentar este Pretório das sublimes energias que lhe dão equilíbrio e sustentação para a boa administração da Justiça.

Este Tribunal, pelos seus diversos órgãos judicantes, proferiu, desde a sua criação, muitos acórdãos com reflexo no dia-a-dia da vida do cidadão brasileiro. Convém lembrar, entre tantos outros, os julgados que determinaram desbloqueio dos cruzados e a atualização monetária do saldo das contas do FGTS; aqueles que deram eficácia ao Código de Defesa do Consumidor, interpretação ampliativa à legitimidade do Ministério Público nas ações coletivas, e, ainda, os que asseguraram validade dos denominados “contratos de gaveta”, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação; os relativos à interpretação de normas em benefício dos hipossuficientes e à impenhorabilidade do bem de família; os relacionados com a responsabilidade civil por furtos ocorridos em estacionamento gratuito oferecido por estabelecimentos comerciais, a pagamento de indenização decorrente do chamado seguro obri-

gatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT), a indenizações oriundas da indevida inscrição de devedores no cadastro de contribuintes e a clientes de empresas aéreas por atraso de vôos. Muitas, também, são as decisões proferidas em **habeas corpus**, com o objetivo de proteger a liberdade dos cidadãos. Merece destaque, pela sua atualidade, a liminar dada no caso relativo à expulsão de jornalista estrangeiro, em que o Relator, Ministro Peçanha Martins, com brilhantismo, contribuiu, com visão pública e habilidade, para solucionar crise política que avultava e tomava rumos não compatíveis com a honra de Sua Excelência o Senhor Presidente da República e a respeitabilidade do Estado brasileiro.

É preciso encerrar. E, ao fazê-lo, indago, como o fez o eminente e estimado amigo Ministro Milton Luiz Pereira no notável discurso que produziu quando da sessão solene comemorativa dos dez anos desta Corte: “vale a pena a comemoração?”<sup>10</sup> Tanto quanto ele, respondo que sim. Nestes quinze anos de vida, o Superior Tribunal de Justiça firmou-se, não há negar, como importante Tribunal da Federação, sendo, como tal, reconhecido pela comunidade jurídica.

Para terminar, deixo estas reflexões feitas pelo grande pensador político Norberto Bobbio, recentemente falecido, constantes do seu livro “O Futuro da Democracia”, bem resumidas pelo seu tradutor Marco Aurélio Nogueira. Traz ele um alerta:

“O respeito às normas e às instâncias democráticas é o primeiro e mais importante passo para a renovação progressiva da sociedade” ( ). “Em tempos de burocratização, corporativismo desenfreado, assembleísmo, nada mais difícil que fazer respeitar as regras do jogo democrático. Já é esse, e não de hoje, o caso do Brasil. O alerta de Bobbio não é desprezível. Despojado de qualquer otimismo ingênuo, ele vai fundo na análise das incoerências e dificuldades da democracia real: a sobrevivência das oligarquias e do poder invisível, a revanche dos interesses particulares, a limitação dos espaços políticos, a insuficiente educação dos cidadãos – “promessas não cumpridas pelos ideais democráticos quando forçados a se submeter às exigências da prática”. Mas Bobbio não é um cético, nem um pessimista. Para ele, “a democracia não goza no mundo de ótima saúde, mas não está à beira do túmulo”.

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Milton Luiz. Discurso proferido pelo senhor Ministro Milton Luiz Pereira na sessão solene da comemoração dos 10 anos do STJ: em 07 de abril de 1999. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, v. 1, n. 5, p. 53-61, maio 1999.



Em conclusão, a história do Superior Tribunal de Justiça, desde sua criação, passando pelo teor das suas decisões judiciais, como vimos, é inseparável da evolução do Estado brasileiro, como garantidor das regras do jogo democrático. Um ataque à sua autoridade significa, sem dúvida, uma limitação ao exercício dos direitos garantidos ao povo brasileiro pela Constituição Cidadã, que o criou. Que os seus quinze anos não coincidam com o começo do ocaso da cidadania e do enfraquecimento das instituições democráticas. Que, ao contrário, a reforma que se pretende respeite os objetivos maiores do constituinte de 1988, vivificando-os ainda mais e preservando o vigor do grande Tribunal da Cidadania para o bem do povo brasileiro. É o que se espera!

Muito obrigado!

**Edson Vidigal**

Para falar em nome do Ministério Público Federal, concedo a palavra à Exma. Sra. Dra. Gilda Pereira de Carvalho, Subprocuradora-Geral da República.

**Gilda Pereira de Carvalho**

Subprocuradora-Geral da República

Excelentíssimo Sr. Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na pessoa de quem saúdo os Exmos. Srs. Representantes dos Poderes e também saúdo todos os integrantes desta egrégia Corte e todos os convidados.

O Superior Tribunal de Justiça nasceu por obra da Constituição cidadã de 1988, com a missão precípua de garantir a vigência do ordenamento infraconstitucional e de uniformizar a jurisprudência temática sobre as grandes questões jurídicas do País. O objetivo é pretensioso, pois busca a segurança e a uniformidade do tratamento de relevantes questões.

Esta Instituição, apanágio da República Federativa do Brasil, teve como berço a Capital do País, eleita patrimônio da humanidade, onde mora um povo trabalhador, criativo e multicultural. Uma cidade concebida por Lúcio Costa, edificada por Oscar Niemeyer e decorada por Burle Marx, tudo isso na geografia da vegetação do cerrado, adornada pelas quaresmeiras, ipês e pelo Lago Paranoá, construído pelas mãos calejadas dos migrantes.

O aniversariante nasceu em um belo lugar, inserido em um País marcado, principalmente, pela grande desigualdade social e pela pobreza, pelos trabalhadores escravos, pelos desempregados, pelas crianças, jovens e velhos carentes. Dessas impropriedades não podemos nos esquecer, até porque contra elas devemos despendar tempo para refletir e para agir desmantelando-as.

E veio ao mundo esta Instituição pela Constituinte para alterar o estado das coisas, para garantir a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, para ajudar a construir uma sociedade livre, justa e solidária, para garantir o desenvolvimento nacional. Veio, enfim, para garantir o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esta Instituição, tal como um ser, vem crescendo, desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se. E, pela sua importância, sendo examinada, cobrada e provocada, na expectativa de que, pelo nascimento em berço esplêndido, atenda aos reclamos nacionais. E neste processo, ora vacilante, às vezes, ora equivocado, o aniversariante demonstra querer acompanhar o seu tempo, viver seu momento histórico, participando, decisivamente, dos grandes problemas que afligem o País, preparando-se, também, para as futuras gerações.

Bela ocasião esta, temos o que festejar e o que obtemperar.

Reafirmo, de início, as questões relacionadas à defesa do patrimônio público e social. A presença deste Tribunal tem sido marcante, alijando qualquer dúvida sobre a legitimidade do Ministério Público na defesa desses interesses, mediante a ação civil pública e bem definida natureza jurídica da ação contra a impunidade.

Na repressão à corrupção tem prestado validade à importante Lei de Defesa da Probidade Administrativa, condenando os seus infratores à severidade das sanções nela previstas.

O método de cálculo das indenizações, por desapropriação de interesse social, entretanto, merece uma reavaliação em face dos valores mirabolantes alcançados.

Na juventude dos seus quinze anos, ainda titubeia nas questões relacionadas ao afastamento e à indisponibilidade dos bens dos detratores da coisa pública, sensibilizado pela escolha popular dos agentes, embora tenha dado exemplares amostras de que padece de falta de razoabilidade a manutenção

de sigilo de dados e a permanência nos cargos públicos por aqueles que traíram a confiança da Nação.

O aniversariante tem inúmeros desafios, um é deveras provocante: o exame difuso da inconstitucionalidade da lei que criou foro privilegiado para quem causa danos ao patrimônio público. Muitas investigações e ações permanecem aguardando uma definição, a prescrição se avizinando, urge que o STJ enfrente essa questão, embora seja também de competência concorrente.

Destaco a importância da visão expressa pelo STJ, reconhecendo sem tergiversar o poder de investigação do Ministério Público. Nessa seara, há que se agilizar as ações penais originárias e os inquéritos, mediante análise conjunta de seus atuais protagonistas, buscando o aperfeiçoamento de sua tramitação. Ainda assim, em que pese as dificuldades inerentes ao sistema, o aniversariante de hoje avança, buscando atender às expectativas da sociedade.

De observar-se a acuidade da visão do STJ sobre a preservação da reserva legal ambiental nas zonas rurais, decidindo que a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental.

Há, contudo, inquietação do Ministério Público em relação ao tratamento dado às espúrias licenças ambientais, concedidas pelo poder público, que ainda são valoradas prioritariamente em detrimento de outras provas trazidas aos autos nos casos de cognição liminar.

Há mais o que se festejar: o STJ assumiu certas posturas de vanguarda, viabilizando a atuação do Ministério Público em questões com ampla repercussão social e de indiscutível interesse público, atuação muitas vezes coactada nas instâncias inferiores.

Cabe ponderar, persistirem as restrições à atuação do representante da sociedade perante esta Corte, nas questões atinentes aos interesses individuais homogêneos e nas questões dos beneficiários da Previdência Social. Contudo, há que ser ressaltada a enorme satisfação em face de recentes julgados, que asseguram à sociedade o direito de exigir do Poder Executivo, por meio do Ministério Público, o cumprimento de políticas públicas.

Ademais, festeja-se quando esta jovem Instituição de Justiça, expurgando obliterações acerca da impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade incidental de lei em sede de ação civil pública, resolve prestigiar o combate contra o uso inadequado da coisa pública, desautorizando a ocupação irregular de área tombada.

Os consumidores também comemoram a abolição de cláusulas abusivas; as populações indígenas, contudo, pelem pela desautorização da ocupação de suas terras e um tratamento condizente com suas diferenças, ainda, pugnando pelo foro federal para o tratamento dessas questões.

Reunimo-nos, agora, neste belo recinto, projetado para grandes acontecimentos, membros e servidores deste Superior Tribunal, demais operadores do Direito, parlamentares e convidados, com a convicção de que a Nação brasileira ainda demanda muito trabalho de todos nós. Aproveitemos, então, esta grande oportunidade para renovar os compromissos dos encargos assumidos de implementação dos objetivos fundamentais da república, que a festa nos fortaleça de boas intenções e idéias para a consecução desses ideais, o Ministério Público propondo-se a ser o fiel interlocutor da sociedade, trazendo os problemas que a afligem. Os Magistrados desta Corte, com boa vontade, apreciando esses problemas através dos instrumentos legais da ação civil pública e penal, sem estreitar essas iniciativas, que invariavelmente são de cunho social. Cumprimentemo-nos com solidariedade, confiança e paz. Nesta grande festa parabenizemos o jovem Superior Tribunal, que já demonstrou sua eficácia no sistema jurisdicional, desejando-lhe que a idade nova lhe proporcione a realização de alguns sonhos estampados na Constituição, entre os quais o de contribuir na erradicação da pobreza e da marginalização. Desejamos uma adaptação aos novos tempos, uma igualdade de gênero na sua composição, um Tribunal imparcial, um Tribunal de ilustres brasileiros, que não ignorando as diferenças do seu País, saberão tratá-las com sabedoria, fazendo com que todos os brasileiros, pobres e ricos, de todas as cores, credos e sexo possam ter orgulho desta Nação.

Parabéns Sr. Ministro Presidente. Este jovem Tribunal deve ser um dos valores a ser preservado pelo Brasil.

Muito obrigada.

**Edson Vidigal**

Para falar em nome da nobre classe dos advogados, concedo a palavra ao Professor Roberto Rosas, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

**Roberto Rosas\***

Representante do Conselho Federal da  
Ordem dos Advogados do Brasil

Senhor Presidente Edson Vidigal, eminentes integrantes da Mesa, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, eminentes presenças já mencionadas,

A palavra crise, de etimologia grega, significou forma de forma de opção, de escolha, mas no Brasil, a crise significa fase difícil, conturbada, aguda.

Em todos os tempos há crise do Estado, da sociedade, do Direito, da Justiça. Se como cidadãos estamos vinculados a todas essas crises, a da Justiça toca aos magistrados, advogados, Ministério Público, porque ela está nas nossas vidas profissionais e angustia a todos, e todos devem pelear para a superação da crise da Justiça.

Pela primeira vez ouviu-se na crise do Supremo Tribunal. Andava-se pela década de 40, e algo clamava por soluções, na verdade, crise do Recurso Extraordinário do que da Corte Suprema. Em 1946, quando da edição da Constituição, o Supremo recebeu menos de 2.000 processos, por isso, a Carta Magna criou o Tribunal Federal de Recursos, com 9 ministros, principalmente para julgar os recursos nas causas de interesse da União, antes apreciadas pelo STF.

De 1947 a 1987, 40 anos, verificou-se que o STF não saiu da crise, e o TFR entrou na crise. Novamente, soluções, e a mais contundente foi a criação do Superior Tribunal de Justiça, para conciliar as crises do STF e do TFR. Não bastava a criação de um tribunal, e sim lhe dar ossatura, feição própria, e mensagem de otimismo aos militantes no Judiciário. Abriu-se a grande oportunidade do acesso das demandas a Brasília, na conciliação do poder local, com o federalismo e a isenção de uma Corte longe dos embates locais. O cidadão acredita na Justiça, e quer acesso, mas também quer a saída, no dilema entre a prestação jurisdicional — segura e rápida, e isso não é resolvido nas eternas reformas do Judiciário, porque sem reforma estrutural da Justiça, a desburocratização processual, e reforma do Judiciário com objetividade, estaremos enganando a sociedade, os juizes, os advogados e os jurisdicionados, como ocorre na presente reforma, ora em exame no Congresso, simplesmente cosmética e superficial. Sem reforma processual pro-

---

\* Texto revisado pelo orador

funda e objetiva para a massa das demandas nada será feito. Processo para todas as camadas, e não processo complexo que não atinge aos milhões de demandas em curso no Brasil, e não solução para os órgãos de cúpula do Judiciário, vítima das conseqüências de um intrincado sistema processual, vazio de soluções para resolver, somente na cidade de São Paulo, a mais de dois milhões de processos que lá circulam.

Esta Corte foi criada para ajudar no combate à crise. Tem lutado tenazmente para superá-la, e atender ao cidadão, que respeita a Justiça, acredita no Judiciário, o mais respeitado, e acatado dos poderes, aqui, e no mundo. Necessita de meios, de fórmulas, mas o mundo jurídico agradece a este Tribunal pelo que fez, e fará, mas nos unamos numa cruzada, para evitar uma chamada crise do Superior Tribunal de Justiça. Nesse esforço estará o Conselho Federal da OAB.

Muito obrigado.

**Edson Vidigal\***

Somente na Democracia é possível confiar nos Juízes e Tribunais. Somente a Democracia impõe respeito às decisões judiciais.

O trabalho dos Magistrados e do Ministério Público, a atuação dos advogados, exercitando o contraditório nas demandas, essa conjunção de ações realiza a Justiça, consagra a Democracia.

Há quinze anos este Tribunal trabalha afirmando o Estado de direito democrático.

Segue bem a Nação que pode festejar quinze anos de trabalhos ininterruptos de um Tribunal cujos Juízes, tirados das várias condições sociais do povo, entregam-se com garra e civismo à penosa tarefa de realizar a Justiça!

Sigamos em frente, correndo, voando, com os mesmos ideais democráticos, em favor do Brasil.

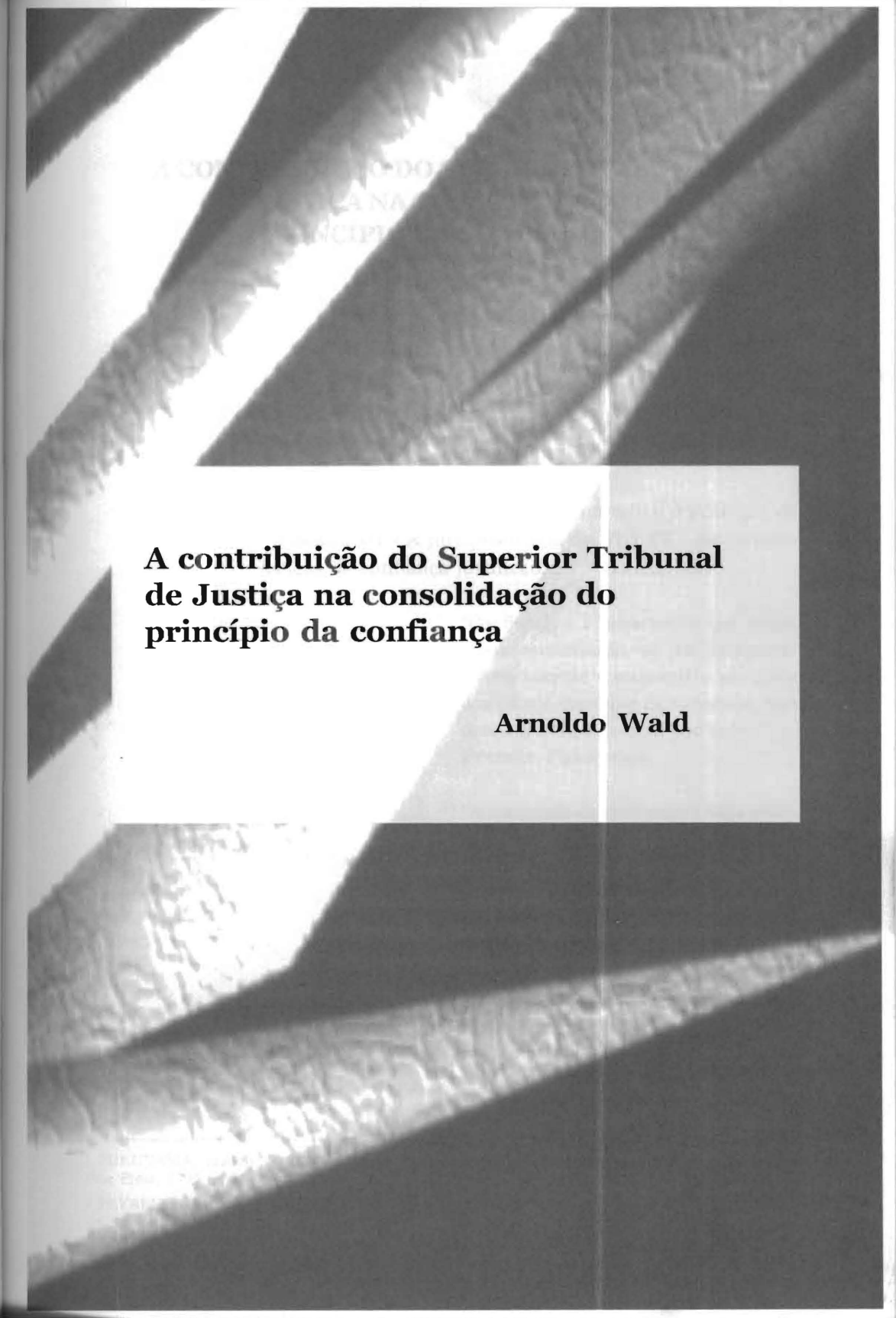
Agradeço o prestígio da presença do Senador Edison Lobão, Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (representante do Presidente do Congresso Nacional); do Ministro Alvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União (representante do Presidente da República); do Ministro Ayres de Britto, poeta, filósofo, grande pensador (representante do

---

\* Texto revisado pelo orador

Presidente do Supremo Tribunal Federal); da Dra. Gilda Pereira de Carvalho, Subprocuradora-Geral com atuação nesta Corte (representante do Procurador-Geral da República); das senhoras esposas dos Ministros deste Tribunal; dos Ministros aposentados.

Com todos esses agradecimentos, declaro encerrada a sessão.



**A contribuição do Superior Tribunal  
de Justiça na consolidação do  
princípio da confiança**

**Arnoldo Wald**



# A CONTRIBUIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

**Arnoldo Wald**

Advogado, Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI (Câmara do Comércio Internacional).

I - Introdução. II - A evolução do contrato e o princípio da confiança. III - A jurisprudência do STJ. IV - As características da confiança justificada. V - Conclusões.

“Confiança é a expectativa que surge, numa comunidade, de um comportamento honesto e cooperativo por parte dos outros membros da sociedade, com base em normas aceitas por todos.”

**Francis Fukuyama**<sup>1</sup>

“A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, onde todos ganham, sociedade solidária, com um projeto comum de abertura, de trocas e de comunicação.”

**Alain Peyrefitte**<sup>2</sup>

“A eticidade está presente no Código Civil de 2002 em vários artigos. Ela é um valor substancial para o alcance da dignidade humana, objetivo hoje posto

---

<sup>1</sup> FUKUYAMA, Francis. **Trust: the social virtues & the creation of prosperity**. New York: The Free Press, 1995. p. 26.

<sup>2</sup> PEYREFITTE, Alain. **La société de confiance**. Paris. Odile Jacob, 1995, p. 10.

na Constituição Federal (art. 2<sup>o</sup>, II) e que se espalha pelas mais variadas formas de relações jurídicas, consubstanciando exigência de um comportamento ético pelas partes, protegendo a confiança, a lealdade e boa-fé nos negócios jurídicos.”

**Ministro José Augusto Delgado**<sup>3</sup>

“A responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Foi, sem dúvida, a área da ciência do direito que sofreu as maiores mudanças, maiores até que no direito de família. Talvez a palavra evolução não seja a mais adequada para explicar o que ocorreu. **Louis Josserand**, em conferência proferida na Universidade de Coimbra, em 1936, anotou que o termo pertinente seria revolução, ‘tão rápido, tão fulminante foi o movimento que levou a teoria da responsabilidade civil a novos destinos’.”

**Ministro Carlos Alberto Menezes Direito**<sup>4</sup>

## I - INTRODUÇÃO

1. O décimo quinto aniversário do Superior Tribunal de Justiça constitui uma data importante na história do Direito brasileiro, pois permite avaliar, com o decurso do tempo, a contribuição da Corte criada pela Constituição de 1988 para unificar o Direito infraconstitucional. Nos vários ramos do Direito houve um esforço construtivo não só no sentido da melhor aplicação do

<sup>3</sup> DELGADO, José Augusto. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 398.

<sup>4</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**, sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

Direito mas ainda da sua constante adaptação às novas circunstâncias em que passamos a viver.

2. Efetivamente, nos últimos quinze anos, o País conseguiu restaurar o regime democrático, abrir os seus mercados, restabelecer a credibilidade internacional, alcançar a estabilidade monetária, aprovar um novo Código Civil e a Lei de Responsabilidade Fiscal e iniciar um grande movimento de reformas necessárias em virtude da globalização.

3. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou a sua jurisprudência nos seus vários campos de atuação, multiplicando e adaptando as suas súmulas e modernizando o seu funcionamento, e — o que é mais importante — renovando, humanizando e socializando o nosso Direito. No tocante ao Direito privado, tínhamos uma legislação que se tinha tornado obsoleta, embora fosse excelente na época em que foi elaborado o projeto **Clóvis Beviláqua**, em 1899, e até quando a nova legislação foi aprovada em 1916. As chamadas “leis extravagantes”, algumas vezes elaboradas por pessoas sem formação jurídica, sob a forma de decretos-leis, não davam ao nosso Direito a devida coerência, exigindo um esforço de construção por parte dos magistrados.

4. Coube ao Superior Tribunal de Justiça evidenciar que, em nosso País, a jurisprudência é efetivamente uma fonte formal do Direito, revelando, muitas vezes, o seu pioneirismo em relação ao próprio legislador, como aconteceu tanto no plano da responsabilidade civil como no regime legal dos contratos.

5. Por outro lado, coube ao Superior Tribunal de Justiça desenvolver, até antes do Código Civil de 2002, as chamadas cláusulas gerais, dando a adequada interpretação aos conceitos indeterminados. Na realidade, os antigos códigos civis foram feitos para o mundo de segurança e de previsibilidade que então existia ou se acreditava que existisse. O legislador pensava ter incluído no Código todas as hipóteses possíveis, descendo até a minúcias que hoje nos parecem descabidas, como as que encontramos em relação aos limites de prédios e aos direitos de vizinhança. É evidente que numa época que já foi definida como sendo, sucessivamente, a era das imissões, da incerteza, da descontinuidade, do risco e da imprevisibilidade, era preciso substituir ou complementar uma legislação detalhista por princípios básicos, dando ao magistrado os parâmetros necessários para sua aplicação. Esses princípios fundamentais se impõem tanto no Direito material

(eticidade, boa-fé, confiança etc.) como no processo (efetividade, economicidade, contraditório etc.).<sup>5</sup>

6. Surgiram, assim, o que se denominou inicialmente “os conceitos amoretadores”, que depois passaram a constituir as cláusulas gerais que hoje encontramos no Código Civil de 2002. No particular, o trabalho realizado pelas várias Turmas e Seções do Superior Tribunal de Justiça se mostra da maior relevância e merecedor de estudo por parte da doutrina, que deve acompanhar as nossas realidades e a evolução da nossa jurisprudência, especialmente quando representa um exemplo que pode e deve ser seguido por outros países.

7. A necessidade de soluções concretas para situações imprevistas decorre de um imperativo da sociedade contemporânea, na qual a lógica da probabilidade à qual já se referia **Benjamin Cardozo** deve substituir uma já ultrapassada, e hoje inexistente, lógica da certeza. É a razão pela qual quisemos homenagear o nosso mais alto tribunal na área infraconstitucional, destacando a sua contribuição na implantação e consolidação, no Direito brasileiro, do princípio da confiança.

## II - A EVOLUÇÃO DO CONTRATO E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

8. Desde o início do século XIX, o contrato foi considerado como constituindo a lei entre as partes, em virtude do princípio da autonomia da vontade, que prevaleceu após a Revolução Francesa, como decorrência da própria liberdade individual. Entendia-se, na época, que o Estado não devia interferir na economia, de acordo com a doutrina do liberalismo econômico. Emanação da vontade das partes, o contrato presumia-se justo pelo fato de decorrer do consenso dos interessados. Até o início do século XX, certos autores não admitiam que o uso abusivo de um direito ou de uma faculdade pudesse ensejar uma responsabilidade.

9. Após a Primeira Guerra Mundial e o advento da social-democracia, que passou a dominar vários países e, em particular, a Alemanha, com a chamada *República de Weimar*, ampliou-se o conceito de ordem pública e o dirigismo econômico levou o Estado a uma maior interferência no campo

<sup>5</sup> FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. cap. 2 da pt. 4, p. 218 et seq.

contratual. Elaborou-se, na época, a teoria dos contratos de adesão, nos quais o aderente devia merecer uma proteção especial, além dos chamados contratos dirigidos e das convenções coletivas de trabalho, limitando-se gradativamente a liberdade das partes.

10. As restrições abrangeram a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A primeira consiste no poder decisório de contratar ou não contratar, em determinadas situações, a lei podendo obrigar, em certos casos, as partes a firmar determinados contratos, sob pena de cometerem infrações de caráter econômico. A segunda — a liberdade contratual — significando a possibilidade, para os contratantes, de estabelecer o conteúdo do contrato, ou seja de impor ou aceitar determinados deveres e obrigações e de constituir certos direitos.<sup>6</sup>

11. O dirigismo ensejou uma proteção legal especial para determinadas classes de contratantes, criando-se novos ramos da legislação para definir as relações trabalhistas e as decorrentes do inquilinato. Mantinha-se o princípio da autonomia da vontade, que, todavia, não mais era soberana, mas controlada pelo legislador ou pela autoridade reguladora. Passou, assim, o contrato a atender não só ao interesse das partes mas também ao da sociedade, predominando o que se denominou o voluntarismo social. Entendeu-se, pois, que continuava a prevalecer a vontade das partes, desde que o objeto do contrato e as cláusulas contratuais fossem compatíveis não só com a ordem pública mas também com a justiça.

12. Por outro lado, desde o início do século passado, parte da doutrina francesa, liderada por **Léon Duguit** e **René Demogue**, enfatizava a função social tanto da propriedade como do contrato. Essas mesmas idéias voltaram a ser desenvolvidas, mais recentemente, pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência. Na maioria dos países, a lei estabeleceu normas de proteção para a parte economicamente mais fraca, tratando tanto dos contratos de adesão como do direito do consumidor. A doutrina reexaminou a conceituação do contrato, dele pretendendo fazer um instrumento de cooperação e de parceria, no qual as partes deviam agir de boa-fé, com lealdade, sendo solidárias uma da outra. Admitiu-se até que a boa-fé objetiva tivesse, conforme o caso, maior ou menor densidade, distinguindo-se situações como, de um lado, a *joint venture* e o casamento, e, de outro, a compra e

---

<sup>6</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das Obrigações**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 184.

venda de bem com pagamento à vista. Se, em todas as operações, a lealdade se impõe, os deveres secundários, inclusive o de cooperação e de ajuda recíproca, assim como o de minimizar os prejuízos do outro contratante, podem variar de um caso para o outro.

13. No Direito brasileiro, o novo Código Civil de 2002 considerou que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421) e que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão e execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422).

14. Mesmo antes da elaboração do Código, já houve, em nossa jurisprudência, uma construção importante em relação à boa-fé objetiva, inspirada na ampliação que o conceito teve na jurisprudência alemã, com base no art. 242 do BGB, para permitir inclusive o reajustamento de débitos. O precedente foi invocado para incidência da correção monetária no ressarcimento de danos, conforme se verifica pelo voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin no RE n. 79.663.<sup>7</sup>

15. Na realidade, a boa-fé já era referida no Código Civil de 1916, mas significava tão-somente a ausência de má-fé, ou seja de dolo, da intenção de prejudicar. Atualmente, na acepção que lhe dão o Código de 2002 e a jurisprudência, constitui um dever de cooperação, de realização de obrigações secundárias implícitas e, no fundo, de atendimento à confiança depositada por um contratante no outro, à expectativa gerada, pelo contrato, para as partes que o firmaram, ou mesmo independentemente da existência de convenção.

16. Verifica-se, assim, que ao dever de atuar de boa-fé que se impõe a cada pessoa corresponde o direito de outrem de ver realizada a sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou no co-contratante ou em terceiro.

17. A inclusão da confiança entre os valores jurídicos legalmente protegidos é fato relativamente novo, sendo relevante especialmente no direito comercial e no direito administrativo. Antigamente, entendia-se que, nos

---

<sup>7</sup> No mencionado acórdão, o Ministro Rodrigues Alckmin justificava sua posição, invocando o art. 242 do BGB nos seguintes termos:

“Há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos se executam de boa-fé para que nesse texto firmassem a concessão de revalorização de dívidas, forçando o legislador à disciplina do tema.” (RTJ 79/522)

negócios jurídicos e, em particular, nas operações mercantis, a liberdade contratual se exercia plenamente. “Os negócios são os negócios”, afirmava-se, considerando que era admissível, e até válido, o “dolo bom” do comerciante que enfatizava as vantagens de uma operação e as qualidades do produto, por ele fabricado ou vendido, quer fossem reais ou não. Já agora, a confiança nas afirmações feitas, mesmo que o sejam de modo incidental, a aparência do produto, a representação da empresa e a irretratabilidade da decisão administrativa tomada devem corresponder à confiança que o bom pai de família deposita nos fabricantes ou vendedores de produtos e nas autoridades que tomaram certas deliberações.

18. O respeito à confiança tornou-se um princípio geral, ultrapassando a fase em que o direito dele tratava incidentalmente. Passou a prevalecer tanto na área privada como no setor público, sendo objeto de tratados, leis e decisões jurisprudenciais em vários países.

### III - A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

19. No Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi tratada várias vezes, em importantes acórdãos, especialmente a partir de 1990, invocando-se tanto o respeito ao princípio da confiança quanto o devido processo legal substantivo, ou, ainda, a vedação de **venire contra factum proprium** como princípio geral do Direito.<sup>8</sup> Todos os casos tratam, na realidade, do que se poderia denominar, com o Professor **Atilio Alterini**, de “responsabilidade de objetiva derivada da geração de confiança.”<sup>9</sup>

20. No campo do Direito Tributário, um dos julgados se refere a uma modificação da alíquota de imposto em relação à exportação já autorizada e em curso de execução. No caso, a decisão foi de reconhecer que o Poder Público pode alterar a alíquota, que não deve, todavia, afetar as operações em curso.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Anteriormente, houve um acórdão do STF que entendeu ser princípio geral do Direito a vedação da parte de **venire contra factum proprium** (RE n. 86.787/RS, julgado em 20.10.1978. Rel. Min. Leidão de Abreu).

<sup>9</sup> ALTERINI, Atilio Anibal **Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza**. In: **Derecho de daños**, livro em homenagem ao Professor Felix Represas. Buenos Aires, 1993, p. 539.

<sup>10</sup> Mandado de Segurança n. 4.772-DF contra o Ministro da Fazenda. Rel. Min. Adhemar Maciel, decisão da Primeira Seção de 12.11.1997. Acompanharam o Relator os Ministros José Delgado, Humberto Gomes de Barros, Hélio Mosimann e Milton Luiz Pereira.

21. Em 1996 e 1997, houve duas decisões que, em matéria de Direito de família, invocaram o princípio do **venire contra factum proprium**.

22. A primeira é o REsp n. 95-539, da relatoria do Ministro Ruy Rosado e com votos dos Ministros Barros Monteiro e Fontes de Alencar, cuja ementa é a seguinte:

“2. *A Mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios* (art. 132 do CC).”<sup>11</sup>

23. No mesmo sentido é acórdão do REsp n. 37.859, relatado pelo Ministro Ruy Rosado, com votos dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Fontes Alencar.<sup>12</sup>

24. No Direito Administrativo há duas decisões relevantes no sentido de que também o Estado deve observar, em suas relações com os particulares, o princípio da boa-fé, não servindo como justificativa, para a prática de atos arbitrários, a supremacia do interesse público sobre o privado.

25. No ROMS n. 1.883, o Tribunal entendeu que a concessão do mandato de segurança não podia ter efeitos patrimoniais pretéritos, conforme a jurisprudência sumulada, e acrescentou a ementa do acórdão cujo Relator foi o Ministro Edson Vidigal, acompanhado pelos Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca:

“2. Julgado que, aplicando esse entendimento, rejeita pedido diametralmente oposto a ele, está dispensado, porque o fez de forma implícita, da análise explícita da inconstitucionalidade da Lei n. 5.021/1966, art. 1º, embora fosse competente para tanto, na forma incidental, *además de não poder alegar nulidade quem a ela deu causa*”.<sup>13</sup> (Os grifos são nossos)

<sup>11</sup> Decisão por maioria da Quarta Turma, de 03.09.1996, Rel. Min. Ruy Rosado, acompanhado pelos Ministros Sálvio Teixeira, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

<sup>12</sup> Decisão unânime da Quarta Turma de 11.03.1997.

<sup>13</sup> Decisão unânime da Quinta Turma de 1º.12.1999, Relator Ministro Edson Vidigal.



26. Por sua vez, o acórdão do REsp n. 141.879 entendeu descabida a anulação de contrato de venda realizado por Município, se possível a sua regularização. A ementa acrescenta que:

*“A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.*

Recurso não conhecido.”<sup>14</sup> (Os grifos são nossos)

27. O acórdão do STJ, no mencionado REsp, adotou os fundamentos da decisão recorrida, tendo o voto do Relator acrescentado que:

*“Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.”* (Os grifos são nossos)

28. No Recurso Especial n. 300.116,<sup>15</sup> da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, no que foi acompanhado pelos Ministros José Delgado e Francisco Falcão, fixou-se a premissa de que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é de ordem absoluta”, não podendo servir como fundamento para atos ilegais e arbitrários:

*“De início, considerou-se a Administração livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.*

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da Administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

*(...) Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.*

*Tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para implantação de regimes ditatoriais, tornou-se neces-*

<sup>14</sup> Decisão unânime da Quarta Turma de 17.03.1998, Relator Ministro Ruy Rosado.

<sup>15</sup> Decisão unânime da Primeira Turma de 06.11.2001.

*sário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.”* (Os grifos são nossos)

29. O mencionado acórdão adotou os fundamentos do parecer ministerial proferido nos autos com os seguintes termos<sup>16</sup>:

“O princípio da legalidade da Administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isso, o mesmo valor e a mesma hierarquia.”

30. Ainda no âmbito do Direito Administrativo, cumpre ressaltar o relevante acórdão relatado pelo Ministro Paulo Medina, no que foi acompanhado pelos Ministros Peçanha Martins, Eliana Calmon e Laurita Vaz que, além de ter condenado o Estado à reparação do dano patrimonial, condenou-o ainda ao pagamento de danos morais, por violação ao princípio da boa-fé e confiança<sup>17</sup>:

“O resultado danoso (o desfazimento do contrato e a dor psicológica imputada aos recorrentes) decorrentes do instrumento público falso (nexo causal), estão a autorizar a condenação do Estado, fundada na responsabilidade civil deste.

Acresça-se que *ao Estado incumbe a atuação fundada nos princípios da confiança e boa-fé*, que devem pautar todas as relações travadas com os administrados. A conduta que importa violação desses deveres tem nítido caráter de ilicitude. Posto isso, provejo o recurso especial, entendendo cabível no caso a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de danos morais aos recorrentes.” (Os grifos são nossos)

31. As questões da confiança e da boa-fé também foram apreciadas no campo do Direito Comercial, no REsp n. 256.456, da relatoria do Ministro Ruy Rosado, com votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Sálvio Teixeira, conhecendo o recurso para reequilibrar as prestações das partes, de acordo com a seguinte ementa:

<sup>16</sup> O autor do citado parecer é o então Procurador da República, Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>17</sup> Julgamento unânime da Segunda Turma de 15.10.2002.

“Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado.

O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço.

Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do Código Comercial).

Recurso conhecido e provido.”<sup>18</sup>

32. O mencionado acórdão é importante por várias razões. É anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002 e extrai os princípios da boa-fé objetiva e da confiança das regras de Direito Civil e Comercial então vigentes, em particular do art. 1.125 do Código Civil, que proíbe que o preço seja fixado por uma das partes, e do art. 131 do Código Comercial, que determina que a conduta do comerciante obedeça sempre à boa-fé. Por outro lado, confirma decisão de primeira instância que se refere expressamente ao princípio da confiança, citando a doutrina portuguesa liderada pelo Professor **Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro**.

33. No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo tinha entendido que o contrato era aleatório e que, conseqüentemente, cada uma das partes deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos por ela assumidos. No entanto, divergiu o acórdão do STJ, concluindo que, assim mesmo, era preciso manter o equilíbrio das prestações. É o que se verifica pelo trecho final do voto do Relator que afirma:

“No caso dos autos, a egrégia Câmara entendeu que o contrato aleatório pode manter o desequilíbrio entre as partes: ‘o contrato firmado pelas partes não é de adesão, e sim normativo, não houve qualquer desequilíbrio econômico porque aleatório, não houve qualquer afronta ao princípio da boa-fé dos produtores’ (fl. 968).

Tenho, no entanto, que *o contrato* de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranjas), ao lançar as despesas à conta de uma das partes, *contém desequilíbrio não admitido*

---

<sup>18</sup> Julgamento unânime da Quarta Turma de 22.03.2001.

na nossa legislação, pois deixou ao critério da compradora a fixação do preço e lançou os custos sobre o produtor, sem risco para o adquirente, o que *viola a regra do art. 1.125 do Código Civil*, invocada pelos recorrentes e não aplicada pela egrégia Câmara. Além disso, *a boa-fé objetiva impunha às partes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado, assim como observado na r. sentença. Reza o art. 131 do Código Comercial, que o contrato comercial deve ser interpretado conforme a boa-fé*. O r. acórdão negou vigência a esse dispositivo ao consagrar a desigualdade expressa nos contratos de adesão.

Na definição desse contrato, acentuou-se que se cuidava de contrato normativo. Para o produtor, a diferença não é substancial. A ele teve de aderir, pois lidava com compradores cartelizados, e os elementos vontade e igualdade de forças ficaram definitivamente comprometidos.”<sup>19</sup> (Os grifos são nossos)

34. A mesma tese do respeito à confiança depositada pelas partes foi adotada na jurisprudência que, finalmente, se sagrou vencedora no caso da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil. Considerou o STJ que cada um dos contratantes devia assumir parte do risco da desvalorização cambial, pois a mesma atingiu níveis que não foram por eles previstos. Trata-se de decisões que se fundamentaram no voto do Ministro Ari Pargendler, no REsp n. 472.594/SP, tendo sido acompanhado pelos Ministros Aldir Passarinho Junior, Castro Filho, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.<sup>20</sup>

35. O referido voto reconhece que ambas as partes esperavam que fosse ocorrer uma menor valorização da moeda estrangeira, assumindo pois o respectivo risco. Tratava-se de desvalorização do Real, que era previsível, mas não foi prevista pelas partes, ensejando o desequilíbrio econômico do contrato.

36. Foi o seguinte o entendimento que prevaleceu no STJ, conforme se verifica no voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler:

*“As partes contavam com a estabilidade do Real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se — a despeito da posição pública do*

<sup>19</sup> Acórdão citado na nota 13.

<sup>20</sup> Decisão por maioria da Segunda Seção de 12.02.2003, Relator Ministro Aldir Passarinho, in “Revista de Direito Bancário”, n. 22, p. 180, DJ de 04.08.2003.

Governo — que ela não subsistiria, porque comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, prejudicaria irremediavelmente a política econômica, toda atrelada à chamada âncora — o vocábulo diz tudo — cambial.

*A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem.* Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, *impõe-se uma solução de equidade.*

O acórdão recorrido, data vênia, errou ao aliviar o consumidor daquela parcela de onerosidade que poderia suportar, não excessiva, lesando gravemente o arrendador ao imputar-lhe integralmente os efeitos do fato superveniente.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento para que as diferenças resultantes da desvalorização do real sejam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão de metade — compensadas as custas e os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca.”<sup>21</sup> (Os grifos são nossos)

37. Por sua vez, o Ministro Aldir Passarinho Junior teve o ensejo de salientar que:

“... é fato que inicialmente vantajoso para o consumidor o atrelamento das prestações do contrato à variação da moeda norte-americana, porque estável durante a primeira fase do Plano Real, em que o reajuste, assim feito, era inferior à TR e ao IPC, essa situação alterou-se drasticamente a partir de janeiro de 1999, em face das turbulências externas, que vieram a afetar a economia brasileira, significativamente dependente de investimentos e aplicações estrangeiras.

Era elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreen-

<sup>21</sup> Voto vencedor no REsp cit. na nota anterior. Revista citada, p. 185.

A REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO  
E O PROBLEMA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL  
(CPC, art. 741, parágrafo único)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Coisa julgada e coisa julgada inconstitucional. 3. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único)

## **A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único)**

**Humberto Theodoró Júnior**

# **A REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E O PROBLEMA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL (CPC, art. 741, parágrafo único)**

**Humberto Theodoro Júnior**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Como surgiu o parágrafo único do art. 741 do CPC. 3. A necessidade de reflexão sobre a coisa julgada formada contra a Constituição. 4. Efeito negativo da inconstitucionalidade: a invalidade do ato contrário à Constituição. 5. A intangibilidade da coisa julgada e a ordem constitucional. 6. A intangibilidade da coisa julgada é um princípio constitucional? 7. A lição recente de **Cândido Rangel Dinamarco**. 8. Inadequação da ação rescisória para solucionar o problema da coisa julgada inconstitucional. 9. O equívoco do anteprojeto. 10. Conclusões.

## **1. INTRODUÇÃO**

A pretexto de substituir o sistema romanístico de execução de sentença (a velha **actio iudicati**) por algo mais simples e prático (a **executio per officium iudicis**), o Instituto Brasileiro de Direito Processual encaminhou ao Ministério da Justiça anteprojeto, no qual, entre outras inovações, se elimina a ação de embargos à execução, permitindo ao devedor opor-se ao mandado de cumprimento da condenação a quantia certa por meio de simples petição de “impugnação”.

Instado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça a manifestar sobre o anteprojeto, discordei da disposição constante do

novo art. 475-L, inciso VI, que, no campo da impugnação ao cumprimento de sentença, altera a regra do atual parágrafo único do art. 741 do CPC<sup>1</sup>.

É que a reforma, tal como proposta pelo anteprojeto, se mostra redutora de medida tutelar da Constituição, em boa hora consagrada pela legislação processual. Nada há, segundo penso, que justifique minimizá-la ao ponto pretendido pela reforma programada, ou seja, somente seria possível impugnar a ordem de cumprimento da sentença com base em inconstitucionalidade quando esta tivesse sido declarada pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade.

Sugeri que o dispositivo fosse mantido nos limites do atual parágrafo único do art. 741, propondo ao inciso VI do novo art. 475-L a seguinte alteração:

Suprimir no inciso VI a parte final “em ação direta de inconstitucionalidade” — Nova redação: “VI - ser a sentença contrária a disposição da Constituição ou estar fundada em lei ou ato normativo inconstitucional”

*Justificativa:* A inexigibilidade de uma sentença inconstitucional não pode estar condicionada apenas à hipótese de declaração em ação direta julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse tipo de nulidade, que é plena, decorre da própria contradição entre o ato sentencial e a ordem constitucional. É bom de ver que em muitos casos é impossível obter a declaração em ADIn, embora seja flagrante e total a ofensa feita à Carta Magna. Basta lembrar o caso de Lei Municipal e Lei Federal já revogada, que jamais poderiam ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. A manter-se o texto do anteprojeto estar-se-ia realizando um retrocesso na conquista recente contida no parágrafo único do art. 741 do CPC (acrescido pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001).

Sem embargo das ponderações apresentadas, o douto Professor **Athos Gusmão Carneiro**, emitiu parecer, perante o Instituto Brasileiro de Direito Processual, rejeitando minha sugestão e opinando pela manutenção do anteprojeto encaminhado ao Ministério da Justiça<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Segundo dispõe o atual parágrafo único do art. 741 do CPC, “para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

<sup>2</sup> O anteprojeto, conforme já esclarecido, somente permite a impugnação da sentença exequenda passada em julgado, quando “fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade” (novo art. 475-L, inciso VI, proposto para o CPC).



Porque as razões invocadas<sup>3</sup> não me convenceram, **data venia**, julgo que se deva recordar o histórico do preceito constante do parágrafo único do art. 741 do CPC.

## 2. COMO SURTIU O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC

Em trabalho doutrinário já divulgado há alguns anos, em parceria com a Professora **Juliana Cordeiro de Faria**<sup>4</sup>, fiz o seguinte registro histórico:

“Tivemos a atenção despertada para o problema do conflito entre a coisa julgada e a Constituição há algum tempo quando emitimos parecer para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a respeito de multiplicidade e superposição de sentenças transitadas em julgado condenando o Poder Público a indenizar a mesma área expropriada, mais de uma vez, ao mesmo proprietário. Já não cabia mais ação rescisória, e nada obstante, defendemos o cabimento de impugnação ordinária para afastar a manifesta e intolerável errônea praticada pela Justiça<sup>5</sup>.”

O parecer foi acolhido, em recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>. O Ministro José Delgado desenvolveu em trabalho doutrinário o tema debatido no acórdão<sup>7</sup>.

Voltamos à mesma cogitação, já então com maior análise da doutrina estrangeira, no estudo “*A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*” publicado em princípios de 2001<sup>8</sup>. E, por volta de junho do mesmo ano, participamos de um semi-

<sup>3</sup> Em síntese a rejeição de minha proposta se deu aos argumentos seguintes: a) A adoção da proposta ensejaria atitudes procrastinatórias permitindo ao advogado do executado suscitar “supostas inconstitucionalidades da lei ou do ato normativo em que a sentença se fundou”; b) O argumento da inconstitucionalidade deve ser suscitado pelo réu quando do contraditório e da instrução processual; c) O atual parágrafo único do art. 741 tem recebido críticas fortes da doutrina, que propugna pela sua limitação apenas aos casos de declaração do Pretório excelso, com eficácia **erga omnes**.

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, FÁRIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-78.

<sup>5</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. **Regularização imobiliária de áreas protegidas**. São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, 1999, v. 2, p. 119-137

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 240.712. Ministro-Relator José Delgado. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 de abr. 2000, seção I, p. 388.

<sup>7</sup> DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, v. 26, n. 103, p. 9-36, jul./set. 2001.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, FÁRIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 195, p. 21-40, jan. 2002.

nário nacional patrocinado pela Advocacia Geral da União, onde tivemos oportunidade de aprofundar o debate sobre a necessidade de relativizar o conceito de coisa julgada, no seu cotejo com a ordem constitucional.

Em agosto de 2001, veio à luz a alteração legislativa operada no art. 741 do CPC, por meio de medida provisória que fez inserir parágrafo naquele dispositivo, justamente para tornar expresso o que vínhamos sustentando, ou seja, a coisa julgada não impede que, em embargos à execução de sentença, se argúa a inconstitucionalidade da sentença exequenda<sup>9</sup>.

### 3. A NECESSIDADE DE REFLEXÃO SOBRE A COISA JULGADA FORMADA CONTRA A CONSTITUIÇÃO

No Estado Democrático de Direito, e como uma consequência das idéias de limitação do poder político do Estado e do primado da lei enquanto expressão da vontade geral trazidas pela Revolução Francesa, tem sido sempre uma preocupação constante a de garantir a Supremacia da Constituição, como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade. Desde que passou a ser prestigiada a idéia de primado hierárquico-normativo da Constituição, com afirmação do princípio da constitucionalidade, busca-se assegurar que não só os atos do Poder Público, como todo o ordenamento jurídico esteja conforme a sua Lei Fundamental.

Exatamente por isso, os mais variados ordenamentos jurídicos contemplam em seus sistemas mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, ora confiando apenas a uma Corte Especial a atribuição de declarar a inconstitucionalidade, com eficácia **erga omnes** e vinculante; ora também conferindo aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário a competência para fazê-lo, limitada, todavia, a eficácia de suas decisões à relação processual em que proferida; ou, ainda, admitindo a convivência harmônica de ambos instrumentos de controle<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> "Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal" (Acréscimo ao art. 741 por força da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001).

<sup>10</sup> "Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exacta observância" (BUENO, Pimenta *apud* SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 29). Por isso, "as Constituições positivas não se limitam a declarar as várias liberdades: também se preocupam com a habilidade maior ou menor de suas garantias, cometendo-as a instituições especiais,

Porém, ao longo de mais de duzentos anos, o que se observa é que, em tema de inconstitucionalidade, as atenções e preocupações jurídicas sempre se detiveram no exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos. Verifica-se, assim, que a grande parte dos estudos produzidos desde então centra-se na análise da constitucionalidade/inconstitucionalidade dos atos normativos, não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição.

**Paulo Otero**, constitucionalista português que desponta no cenário jurídico, bem detectou as razões do esquecimento, consoante se depreende da seguinte passagem de sua notável obra:

“As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘*a boca que pronuncia as palavras da lei*’ e o poder judicial como ‘*invisível e nulo*’ (Montesquieu)”<sup>11</sup>.

Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a *coisa julgada* e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito. Consagrou-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto.

Tal é o resultado da idéia, **data venia** equivocada e largamente difundida, de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte, na própria Constituição. É em face do prestígio alcançado pelo postulado retro que, conforme assinala **Vieira de Andrade**, “embora os tribunais formem um dos Poderes do Estado, não há em princípio preocupação de instituir garantias contra as suas decisões”<sup>12</sup>.

ou a preciosas sanções jurídicas” (BARBOSA, Rui. **República, teoria e prática**. São Paulo: Vozes, 1978. p. 22. **apud** SARAIVA, Paulo Lobo. “Mandado de garantia social no direito luso-brasileiro”. In: **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, v. 3, p. 240.

<sup>11</sup> OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 9.

<sup>12</sup> ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 332.

Contudo, não se pode olvidar que, segundo bem lembra **Paulo Otero**, “como sucede com os outros órgãos do Poder Público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição”<sup>13</sup>.

Ora, deparando-se com uma decisão judicial que contempla flagrante inconstitucionalidade quais os instrumentos para promover a sua adequação aos ditames máximos da Constituição?

Do ponto de vista do Direito Processual Civil brasileiro existem mecanismos cujos contornos encontram-se bem definidos no sistema para sua correção, quais sejam, os recursos ordinários e extraordinários<sup>14</sup>. Sob este aspecto a questão não oferece maiores dificuldades, mormente à vista do disposto no art. 102, III, da Constituição Federal brasileira, havendo farta literatura a seu respeito.

O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal. Nesta hipótese, existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou esta é isenta de fiscalização? Ou reformulando o questionamento: verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da **res iudicata** avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda, porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle? Cuida-se, na lição de **Paulo Otero**, “de um problema central do actual momento do Estado de Direito”<sup>15</sup>.

A questão ganha relevância quando se verifica a cada vez mais frequente atribuição aos juízes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos. Assiste-se, hodiernamente e como bem frisa **Canotilho**, a “um trânsito silencioso de um ‘Estado-legislativo-parlamentar’ para um ‘Estado jurisdicional executor da Constituição’”<sup>16</sup>. Trata-se de fenómeno que se agrava e avoluma diante do

<sup>13</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 32.

<sup>14</sup> A expressão “extraordinários” é utilizada no seu sentido lato, contemplando tanto o recurso especial como o extraordinário.

<sup>15</sup> OTERO, Paulo. *loc. cit.*

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*. In: *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1987. p. 352.

fato de cada vez mais as normas encerrarem conceitos indeterminados e abertos, o que exige maior atuação dos juízes na interpretação e criação do Direito.

Neste contexto, segundo lembra **Paulo Otero**, observa-se, com efeito, “um crescente papel protagonizador do juiz na densificação e concretização interpretativa do sentido de tais conceitos e, conseqüentemente, do próprio Direito”<sup>17</sup>. Donde advertir **Neumann** que se caminha para uma verdadeira “perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”<sup>18</sup>. Há, com efeito, uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado, donde dever ser maior a preocupação com a constitucionalidade e legalidade de suas decisões, não se podendo mais deixá-las à margem de um controle efetivo.

Sob este aspecto é que os estudiosos do Direito vêm se preocupando com a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a **res iudicata**, buscando resposta para o problema de se saber se as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição.

Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto a sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo que persegue a *justiça*. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança. Após a coisa julgada, desaparecia totalmente a preocupação com a *justiça*. Tudo se concentrava tão somente na *segurança jurídica*.

Todavia, estamos de acordo com **Paulo Otero**, para quem “admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o Direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz”, o que não se adequa

<sup>17</sup> OTERO. Paulo. *op. cit.*, p. 34.

<sup>18</sup> Neumann. *Uferlose Verwaltungsrichtsbarkeit*. *apud* SAZ, Silvia Del. *Desarrollo y crisis del derecho administrativo*. In: *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Madrid, 1992, p. 170.

às noções do Estado de Direito. Admitir-se como válida a noção de Constituição ali esposada significa, ainda segundo magistralmente assinalado por **Paulo Otero**, “proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, *porém, o poder judicial é mais igual do que os outros*”<sup>19</sup>.

Neste cenário, torna-se imprescindível repensar-se o controle dos atos do Poder Público em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os ideais de *segurança* e os anseios de *justiça*, lembrando sempre, nesta trilha, que “num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um *Direito justo*”<sup>20</sup>.

É nesse quadro que não se afigura *justo*, do ponto de vista constitucional, o anteprojeto de reforma do CPC, quando diminui a tutela ao titular de um direito ofendido por sentença eivada de inconstitucionalidade.

Os preceitos constitucionais estão protegidos pelo princípio da máxima eficiência, cujo alcance, de maneira alguma, pode ser ignorado ou reduzido pelo legislador ordinário<sup>21</sup>.

#### 4. EFEITO NEGATIVO DA INCONSTITUCIONALIDADE: A INVALIDADE DO ATO CONTRÁRIO À CONSTITUIÇÃO

Segundo lição de **Jorge Miranda**, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — uma norma ou um ato — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>20</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 10.

<sup>21</sup> Segundo o “princípio da máxima eficiência” também designado por “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva” — ensina **Canotilho** — “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Assim, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (**CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1.187). Nesse sentido, também preleciona **Jorge Miranda** que “deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil ao ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade” (*apud* **MORAES, Alexandre de. Direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 43).

<sup>22</sup> **MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 11.

A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma nação. Exatamente por isso se diz ser a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição condição para sua validade e eficácia. Ou nos dizeres de **Jorge Miranda**,

“A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz”<sup>23</sup>.

Diante da importância de que se reveste a Constituição no quadro de organização de um Estado e de sistematização de direitos e garantias fundamentais, tornou-se corrente sustentar-se que a validade de uma norma ou ato emanado de um dos poderes públicos está condicionada à sua adequação constitucional.

Paralelamente à visão da Constituição como Lei Fundamental e da qual todos os atos extraem o fundamento de sua validade, surge outra idéia: a de que a Constituição deve ser juridicamente garantida. Assim, é hoje pacífico o entendimento segundo o qual “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida”<sup>24</sup>.

A garantia jurídica de que é merecedora a Constituição decorre de um princípio que é caro ao Estado de Direito: o da *constitucionalidade*. Aludido princípio é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

“Sob pena de inconstitucionalidade — e logo, de invalidade — cada acto há de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional”<sup>25</sup>.

Com efeito, há um princípio geral que não pode ser ignorado de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. *loc. cit.*

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 77.

<sup>25</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 168.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, Moreira Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: 1993, p. 922.

O princípio da constitucionalidade, que exige para a validade do ato sua conformidade com a Constituição, funciona, nas precisas lições de **Jorge Miranda**, “como a **ratio legis** da garantia jurisdicional da Constituição”<sup>27</sup>. É, pois, o princípio da constitucionalidade que resume a garantia de observância da Constituição, pois a ele se encontra agregada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, o que importa em sua invalidade.

À vista da busca sempre constante da constitucionalidade, pode-se dizer que o ato que não a contempla tem um valor negativo. Fala-se, assim, do desvalor do ato inconstitucional. Com isso se quer expressar, nos dizeres de **Jorge Bacelar Gouveia**, “as conseqüências jurídicas negativas da inconstitucionalidade instrínseca de um acto do poder político. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento estipula efeitos que o depreciam e afirma a supremacia daquela”<sup>28</sup>.

O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário):

“... podemos registrar que toda actividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade”<sup>29</sup>.

Em sentido amplo, a inconstitucionalidade, segundo a doutrina brasileira, “designa o juízo de identificação da incompatibilidade entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhes faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado. Em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de todos os órgãos públicos assim reconhecida pelo próprio sistema”<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 77.

<sup>28</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Reimp., Lisboa: AAFDL, 2000. p. 28.

<sup>29</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 31.

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175. “Os órgãos das três funções estatais — legislativa, executiva e judiciária — podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 150). No mesmo sentido: TEIXEIRA, Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 378. É a posição adotada também por Celso Ribeiro Bastos (“Curso de Direito Constitucional”, p. 388), bem como por Clèmerson Merlin Clève (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 322).



Em específico, quanto aos atos do Poder Judiciário, que interessam ao presente estudo, pode-se dizer que não há a sua impermeabilidade aos efeitos da inconstitucionalidade, estando, pois, também submetidos ao princípio da constitucionalidade:

“... sublinhe-se que também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus actos da conformidade com a Lei Fundamental”<sup>31</sup>.

Nada obstante, sempre que se fala em decisão judicial, à míngua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a *coisa julgada*, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. Após verificada esta última, a imutabilidade que lhe é característica impediria o seu ataque ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade. Corresponde aludida idéia ao modelo de supremacia da Constituição buscado no moderno Estado de Direito?

Pensamos que não. A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

A única explicação para que não se tenha, até o momento, no Direito brasileiro enfrentado o tema com a necessária profundidade, resulta, ao que imaginamos, de uma visão distorcida da idéia de *imutabilidade* inerente ao conceito de coisa julgada.

## 5. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E A ORDEM CONSTITUCIONAL

“O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é,

---

<sup>31</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 31.

*por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica*<sup>32</sup>.

Quantas e quantas vezes não se repetiram as noções supra que bem sintetizam o fundamento de se conceber a coisa julgada como decisão judicial imutável: a necessidade de segurança e certeza do Direito.

Tal se deve ao fato de que a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado.

Daí a importância da função jurisdicional que é desempenhada pelo Estado como parcela de sua própria soberania. Assim é que para realizar, a contento, a pacificação dos litígios entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade. Do contrário, mal encerrado o processo, as partes restabeleceriam as divergências e, indefinidamente, a jurisdição voltaria sucessivas vezes a se ocupar da mesma divergência entre os mesmos litigantes. Em síntese, o litígio nunca seria realmente composto.

Para que tal não ocorresse, o sistema processual, desde épocas imemoriais, concebeu o instituto da coisa julgada, pelo qual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação dentro da relação processual, a sentença assume uma força, ou autoridade, especial: torna-se *imutável e indiscutível*, tanto para as partes como para o Estado. Nenhum dos litigantes poderá propor novamente a mesma causa, nem tampouco tribunal algum poderá julgar outra vez a causa encerrada e sob autoridade da **res iudicata**.

Assim é que, “em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do Direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas”<sup>33</sup>.

Sob este aspecto é que se compreende o fato de não se encontrarem as decisões judiciais sob o manto da **res iudicata** sujeitas a um princípio de

<sup>32</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa, 1997. p. 568.

<sup>33</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.**, p. 37. Consultar ainda sobre o tema: ANDRADE, Manuel. **Noções elementares de processo civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 1976, p. 305-306.

livre modificabilidade ou revogabilidade. A pretexto de garantir a segurança e certeza jurídicas, os ordenamentos em geral não admitem a livre revogação ou alteração do que restou decidido com força de *coisa julgada*. Donde a tendência generalizada de se conferir especial estabilidade às decisões, contrariamente ao que se passa com os atos legislativos e administrativos. Ou seja:

“... as decisões judiciais têm um especial regime legal tendente a proporcionar a sua estabilidade”<sup>34</sup>.

Todavia, a idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias.

Há que se sublinhar, com efeito, que a inalterabilidade da decisão judicial transitada em julgado não exclui, ainda que em termos excepcionais, a sua modificabilidade<sup>35</sup>. É o caso no Direito brasileiro, por exemplo, da ação rescisória que tem por objetivo, exatamente, o de desconstituir a coisa julgada (CPC, arts. 485 e segs.). Enfim:

“... o caso julgado consubstancia a idéia de uma decisão judicial firme. Todavia, cumpre referir que o carácter firme da decisão deve ser entendido enquanto imodificabilidade através de recurso ordinário”<sup>36</sup>.

A coisa julgada, neste contexto, não está imune à impugnação, podendo vir a ser desconstituída, no Direito brasileiro, através da ação rescisória, uma vez configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.

A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria *injustiça*. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dota-

<sup>34</sup> Idem, *Ib. id.*, p. 40.

<sup>35</sup> REIS, José Alberto dos. *Código de Processo civil anotado*. Reimp., Coimbra, v. 5, p. 157.

<sup>36</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 41.

dos de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o *Direito justo*<sup>37</sup>. Vale transcrever a lição de **Jorge Miranda**, a respeito do Direito português:

“O princípio da intangibilidade do caso julgado não é um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global”<sup>38</sup>.

## 6. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA É UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da portuguesa<sup>39</sup>, não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas alude à coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Ou seja, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”.

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Neste sentido, pode-se citar a lição sempre sábia e irrespondível do eminente Ministro **José Augusto Delgado**:

“O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada”<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 41.

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., v. 2, p. 494-495.

<sup>39</sup> A coisa julgada, na vigente Constituição portuguesa, mereceu tratamento expresso a propósito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em seu art. 282, n. 3, ressalva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a coisa julgada. Assim, no Direito português, o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma em que se fundou a coisa julgada não serve de fundamento autônomo para sua destruição.

<sup>40</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: **Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista**. Natal, 2000. p. 4.

Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de “sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao poder legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária”<sup>41</sup>.

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

## 7. A LIÇÃO RECENTE DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

**Cândido Rangel Dinamarco** em estudo intitulado “Relativizar a coisa julgada”<sup>42</sup>, defende a tese de que esta deve conviver com outros valores de igual ou maior grandeza na ordem constitucional, havendo, pois, a necessidade de harmonizá-los. Da contraposição do julgado com algum preceito constitucional decorreria uma impossibilidade de efeitos substanciais. A coisa julgada, em tal conjuntura, seria apenas formal. Materialmente, não se lhe poderia reconhecer efeito algum, porque o pedido acolhido pela sentença seria juridicamente impossível em face da ordem constitucional. Eis sua conclusão:

“Da inexistência desses efeitos judicialmente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los”<sup>43</sup>.

Enfim, no pensamento de **Dinamarco**, a coisa julgada não é embaraço ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma sentença, pela simples razão que o vício do decisório impede juridicamente a formação da coisa julgada material. Ou seja: a “irrecorribilidade (coisa julgada formal) de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”. Logo, é de ter-se como *inconstitucional*, e por isso inaceitável, a leitura clássica

<sup>41</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19. p. 84.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada**. In: **Meio Jurídico**, n. 43, março/2001 e n. 44, abril/2001.

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Meio jurídico**. n. 44, p. 23.

consagradora da crença de ser absoluta a intangibilidade da coisa julgada ainda que ofensiva à Constituição<sup>44</sup>.

Por outros caminhos de raciocínio, **Cândido Dinamarco**, chega ao mesmo resultado da doutrina lusitana já exposta, qual seja, o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada formada contra a Constituição, que, por isso, estaria sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive a **querela nullitatis**, isto é, a “ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença”<sup>45</sup>.

Em nova versão dada ao mesmo estudo, que foi incluído em sua coletânea “Nova Era do Processo Civil”<sup>46</sup>, o processualista procurou afastar visões radicais do problema que pudessem enfraquecer exageradamente a autoridade da coisa julgada, tornando-a exceção em vez de regra<sup>47</sup>. Reconhece, mais uma vez, que os critérios de relativização da coisa julgada despontam da “prevalência de certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas”<sup>48</sup>.

Daí aceitar o autor “a idéia da *coisa julgada inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto”. A posição defendida — prossegue **Dinamarco** — “tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis — ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade”. Nessa linha, repete:

“A ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”

A linha proposta por **Cândido Dinamarco**, em seu novo e ampliado estudo, é de moderação, de modo a que não se chegue ao ponto insensato de

44 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 44, p. 23.

45 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 44, p. 26.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 220-266.

47 “Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 265)

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 135, p. 265

minar imprudentemente a **auctoritas rei judicatae** ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei.

Para relativizar a coisa julgada material, o que propõe **Dinamarco** é “um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, *fraudes e infrações à Constituição* (grifei) — com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes”<sup>49</sup>.

Nessa perspectiva, considera indesejável legislar tipicamente sobre as hipóteses de relativização da coisa julgada, julgando preferível deixar a excepcionalidade da providência a ser examinada em cada caso concreto pelo juiz<sup>50</sup>.

No entanto, quando for o caso de infringência da coisa julgada inconstitucional, dúvida não tem **Dinamarco** de que, além do ajuizamento de nova ação sobre o mesmo objeto, poderá o interessado resistir à execução, “por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo”<sup>51</sup>.

## 8. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Poder-se-ia objetar que, sendo a ofensa à Constituição uma forma de violação da lei em sentido lato, o remédio próprio para seu enfrentamento seria a ação rescisória (CPC, art. 485, V) e não os embargos à execução (CPC, art. 741, parágrafo único), nem tampouco a **querella nullitatis** (CPC, art. 486). A objeção, todavia, não procede, por duas razões principais: a) a ação rescisória não é instrumento destinado à declaração da nulidade de sentença, mas à desconstituição (rescindibilidade) de sentença válida; tanto que quando a sentença é nula por defeito de citação, o CPC endereça a arguição, especificamente, para os embargos e não para a rescisória (CPC, art. 741, I); b) ademais disso, a rescisória está confinada a curto prazo decadencial, enquanto as nulidades, por princípio, não se convalidam pelo transcurso do tempo (Código Civil, art. 169); donde a inadequação da ação especial do art.

<sup>49</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *loc. cit.*

<sup>50</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 136, p. 265-266

<sup>51</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 133, p. 260

485, V, do CPC, e a pertinência da ação de embargos do art. 741 do mesmo Código, para a suscitação da inconstitucionalidade da sentença trântita em julgado, já que sabidamente o caso é de nulidade **ipso iure** e não de mera rescindibilidade.

## 9. O EQUÍVOCO DO ANTEPROJETO

Não se deve, realmente, inserir na lei hipóteses casuísticas numerosas de permissão à infringência da coisa julgada, quebrando inconvenientemente a sua autoridade de instrumento garantidor da segurança jurídica.

No entanto, a infração de preceito constitucional, de modo a ter-se a inconstitucionalidade da sentença não me parece seja casuismo impróprio para figurar entre as hipóteses de impugnação à execução forçada.

Com ou sem a previsão da lei processual, a inconstitucionalidade torna nula **ipso iure** a sentença e, como tal, pode ser argüível e reconhecível a qualquer tempo e em qualquer processo, por qualquer juiz ou tribunal.

A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é *nula* e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte, pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”<sup>52</sup>.

Ensina **Nagib Slaibi Filho**:

“A inconstitucionalidade é espécie de nulidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição”<sup>53</sup>. Assim também pensa **Pontes de Miranda**: “O juiz deve decretar a inconstitucionalidade, ainda que não alegada ... O juiz não tem o arbítrio de deixar de lado a questão constitu-

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 7.556/RO, da Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 25, p. 439, 09 e 1991.

<sup>53</sup> SLAIBI, Filho Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.



cional, ou as questões constitucionais que as partes ou os membros do Ministério Público levantaram. É missão sua. É dever seu. *Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso*<sup>54</sup>.

Seja em ação rescisória, em ação ordinária ou em embargos à execução, a coisa julgada inconstitucional é apenas aparente, a que o juiz, após constatação da nulidade evidente, não pode dar guarida. O certo é que “verificandose a inconstitucionalidade directa de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o Tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição”<sup>55</sup>. Ainda segundo **Paulo Otero**:

“Admitir solução contrária, significaria reconhecer a autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito Democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial”<sup>56</sup>.

É preciso reconhecer de modo bem claro, que o poder de julgar do juiz foi outorgado, tal como se passa com os administradores e legisladores, pela Constituição. Não se pode, ao sentenciar, ignorá-la. “*Le juge institué par la Constitution n'est pas pour là pour l'ignorer mais pour la défendre*”<sup>57</sup>.

Os tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

A inconstitucionalidade directa da coisa julgada afasta o seu efeito positivo, de modo que “intentada uma acção que tenha como fundamento do pedido uma anterior decisão judicial transitada em julgado, o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme com a Constituição”. Isto é, e para nos valermos do exemplo de **Paulo Otero**,

“... se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir

<sup>54</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, p. 40-42.

<sup>55</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.** p. 128-129.

<sup>56</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.** p. 129.

<sup>57</sup> DELPÉRÉE, Francis. **Le droit constitutionnel de la Belgique**. Bruxelles: Bruylant, 2000. n. 805, p. 689.

que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base”<sup>58</sup>.

Esse mecanismo de controle pode ser utilizado também no Direito brasileiro, porque nas execuções de sentença o art. 741, II, do CPC admite embargos para argüir a “inexigibilidade do título”, e sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como “título exigível” para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, *ipso facto*, de exigibilidade.

Em face da coisa julgada que viole directamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada. Entendimento contrário e como muito bem lembrado por **Paulo Otero**, importaria em que se admita “que o juiz tenha o dever oficioso de recusar a aplicação de normas jurídicas contrárias à Constituição, tendo, por outro lado, em contradição, o dever de aplicar casos julgados inconstitucionais”<sup>59</sup>.

Se o projeto ora analisado nada regulasse a respeito da impugnação da sentença inconstitucional, sua impugnabilidade estaria naturalmente assegurada, porque esse é o regime da nulidade de qualquer ato (judicial ou não). Mas, se se dispôs a tratar do tema, não é cabível limitar a impugnabilidade a uma única e peregrina hipótese, qual seja a de ter a sentença exequenda se fundado “em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade”.

E se a ofensa cometida for contra preceito da própria Constituição? Terá a parte de submeter-se à inconstitucionalidade gritante apenas porque nenhuma lei a seu respeito fora antes declarada inconstitucional?

A ação direta é um remédio processual constitucional que cuida tão-somente do problema do conflito da lei em tese com a Constituição. Refere-se a uma das hipóteses de inconstitucionalidade. Muitas outras, porém, existem, que o juiz não pode ignorar nem pode deixar de solucionar.

Desde logo é preciso lembrar que no próprio seio da Carta Magna há previsão não só de remédio contra a lei inconstitucional, como de coibição

<sup>58</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.* p. 129.

<sup>59</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.* p. 129-130.

de atos de *descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 102, § 1<sup>o</sup>). E esse descumprimento nada mais é do que uma modalidade de inconstitucionalidade que não se restringe aos atos normativos e pode abranger também qualquer outro ato de poder, inclusive os dos órgãos do Judiciário.

Há um sentido restrito de inconstitucionalidade que é o adotado para determinar o cabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso a Carta Magna cuida apenas dos atos normativos. Mas, há também, um sentido amplo de inconstitucionalidade, que serve para designar “o juízo de identificação da incompatibilidade entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhe faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado. Em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de *todos os órgãos públicos* assim reconhecida pelo próprio sistema”<sup>60</sup>.

Essa concepção ampla de inconstitucionalidade é compartilhada por volumosa corrente doutrinária no âmbito do Direito Constitucional, conforme resenha **André Ramos Tavares**:

“No magistério de **Meirelles Teixeira**, a inconstitucionalidade conceitua-se nesses termos amplos, como ‘a desconformidade da lei ou ato governamental com algum preceito da Constituição’ (*Curso de Direito Constitucional*, p. 378). É a posição adotada também por **Celso Ribeiro Bastos**, que bem observa: ‘A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional de invalidade dos atos jurídicos em geral’ (*Curso de Direito Constitucional*, p. 388). **Regina Maria Macedo Nery Ferrari**, adota o mesmo entendimento, já que para a autora: ‘os órgãos das três funções estatais — legislativa, executiva e judiciária — podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários’ (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 150). **Clemerson Merlin Clève** lembra que se fala de ‘inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa’ (*A Fiscalização Abstrata da Constituição no Direito Brasileiro*, p. 322)”<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175.

<sup>61</sup> TAVARES, André Ramos. *loc. cit.* nota 361.

Nessa linha de pensamento, a inconstitucionalidade é uma desconformidade com a Constituição que tanto pode instalar-se nos atos normativos como no comportamento de qualquer agente do poder estatal, ou seja:

a) no caso do *Legislativo*, dá-se a *inconstitucionalidade das leis*, que, abstratamente (em tese), exprime “uma relação de conformidade/desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro”<sup>62</sup>;

b) no caso da *Administração* a *inconstitucionalidade* pode decorrer do ato regulamentar desempenhado pelo Poder Executivo, de maneira ofensiva à Constituição, por meio de decreto, como também de “atos materiais igualmente desconformes com a Constituição, como destruir irregularmente casas ou edifícios de particulares, impedir os indivíduos de transitar livremente, e outras tantas hipóteses cogitáveis”<sup>63</sup>;

c) no caso do *Poder Judiciário*, “ninguém nega que uma decisão judicial possa incidir na inconstitucionalidade, por violar a Carta Magna de uma país, com o que estar-se-á em face de um comportamento do Poder Judiciário incompatível com a Constituição”<sup>64</sup>. Daí não se poder negar a possibilidade de formação de uma *coisa julgada inconstitucional*.

Nessa última hipótese é claro que não teria cabimento algum pensar-se na *declaração direta de inconstitucionalidade*, visto que o controle abstrato da constitucionalidade, que a essa ação se confere é exclusivamente normativo. Resta, contudo, a aferição da validade do ato administrativo ou judiciário quando incompatível com regra ou princípio fundamental da Constituição.

A inconstitucionalidade é sempre um problema de relação entre o parâmetro da Constituição e o ato de poder que com ele não se conforma, ofendendo assim os critérios de validade contidos nas normas constitucionais<sup>65</sup>. “Importa, pois, em uma valoração negativa”<sup>66</sup>.

62 RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

63 TAVARES, André Ramos. **op. cit.** p. 176.

64 TAVARES, André Ramos. **loc. cit.**

65 NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69-70.

66 RAMOS, Elival da Silva. **op. cit.** p. 63.

Não importa se o ato é normativo, administrativo ou judiciário. Constatada sua divergência com a Constituição, “está-se diante de uma prática inconstitucional”, impregnando o ato ou comportamento “com a qualidade negativa que advém da inconstitucionalidade”<sup>67</sup>.

A desarmonia ou incompatibilidade do ato frente à Constituição cria uma *impossibilidade jurídica qualificada*, dentro da sistemática constitucional, que é tipicamente a *inconstitucionalidade*, da qual decorrem várias conseqüências, e dentre elas destacam-se:

a) a possibilidade de utilizar remédios jurídico-processuais *específicos*, como os de argüição direta ou difusa, seja da inconstitucionalidade de ato normativo, seja de descumprimento de preceito fundamental;

b) independente desses remédios constitucionais específicos, há sempre a repercussão do ato inconstitucional no plano da validade: a relação entre os elementos da estrutura sistêmica do direito positivo, leva, na ordem constitucional, o ato desconforme com a Constituição ao terreno da validade/invalidade especial, já que não se admite no Estado Constitucional qualquer incompatibilidade desse nível ou o descumprimento da Constituição;

c) em se tratando de um problema de invalidade em seu maior grau, há de ser sempre enfrentado pelo juiz, por dever de ofício. “Cumpre ao próprio magistrado da causa apreciar a regularidade dos atos ou comportamentos com a Constituição, para fins de alcançar a solução para o caso concreto, seja qual for o grau de jurisdição”<sup>68</sup>.

Por último, é importante notar que a quebra do absolutismo da coisa julgada tem sido obra criativa da jurisprudência, que vem sendo paulatinamente construída não sobre o fato de a lei aplicada ter sido posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas de a sentença conter ofensa a preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição. **Cândido Rangel Dinamarco** percorre os precedentes do STF e do STJ, em que se afastou a barreira da coisa julgada e se permitiu reconhecer a insustentabilidade da sentença, por seu contraste com a ordem constitucional, arrolando os seguintes casos:

a) cabimento de nova investigação de paternidade, porque a sentença anterior a teria denegado por insuficiência de prova, ou porque a

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 182.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 290.

verdade real não pôde ser atingida porque exame técnico como o de DNA não existia ou não fora realizado antes da **res iudicata**; a garantia constitucional de reconhecimento da filiação e do processo justo não teria ocorrido (STJ, Quarta Turma, REsp n. 226.436, ac. 28.06.2001, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 04.03.2002, p. 370)<sup>69</sup>;

b) não ofende a coisa julgada, a reavaliação do imóvel expropriado, durante a execução da sentença, para realizar “a garantia constitucional da justa indenização”, no caso de ter se deparado o juízo com a procrastinação do pagamento por culpa do expropriante, gerando o completo aviltamento da indenização antes arbitrada (STF, Primeira Turma, RE n. 93.412, Relator Ministro Rafael Mayer, ac. 04.05.82; e RE n. 105.012, Relator Ministro Néri da Silveira, ac. 09.02.1988)<sup>70</sup>;

c) ocorrência de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, caso em que a coisa julgada seria incompatível com a sistemática da “justa indenização” e, principalmente, com os princípios constitucionais “da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado” (STJ, Primeira Turma, REsp n. 240.712, ac. 15.02.2000, Relator Ministro José Delgado)<sup>71</sup>.

Nenhum desses precedentes, como se vê, tem qualquer relacionamento com aplicação de lei adrede declarada inconstitucional. Ao contrário, lastreiam-se em ofensas cometidas pelas sentenças diretamente contra regras e princípios da própria Constituição.

Pode, é certo, a coisa julgada ser elidida em razão de ulterior declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença. Entretanto, o principal foco de cogitação, quando se trata de relativizar a autoridade da **res iudicata** é justamente o cotejo entre o conteúdo da sentença e os valores tutelados pela Constituição. Não se pode ter como absoluta a intangibilidade da coisa julgada, no caso concreto, quando dentro da sistemática constitucional “houver sido transgredido um valor de nível mais elevado que a segurança jurídica”<sup>72</sup>.

69 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, p. 264, n. 135.

70 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 230, n. 115.

71 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 228-229, n. 114.

72 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 241, n. 123.

Daí por que não tem sentido, **data venia**, legislar sobre a impugnação à coisa julgada, durante o procedimento da execução, restringindo o incidente tão-somente à hipótese de aplicação de lei já declarada, em ação direta, inconstitucional.

## 10. CONCLUSÕES

Se se admite que, em defesa, o litigante possa impugnar a execução da sentença invocando a inconstitucionalidade do julgado, como consta do atual parágrafo único do art. 741 do CPC e como se pretende fazer no art. 475-L projetado, não há justificativa para restringir a argüição apenas quando fundada em lei previamente declarada inconstitucional pelo STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas a reconhece abstratamente e com efeito **erga omnes** na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do Judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna.

A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença dispondo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a **res iudicata**, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente.

A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para se evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo.

No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.

É claro que já havendo o STF proclamado, em ação direta, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a sentença exequenda, inquestionável será o dever do juiz de negar-lhe exequibilidade. Inadmissível ser-lhe-á insistir no cumprimento de um mandamento que a Corte Superior já extigmatizou com o anátema da inconstitucionalidade. A autoridade da **res iudicata** ostentada pelo título executivo se esvaneceu.

Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz da execução com o poder natural e permanente de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta evidentemente tiver sido dada em contradição com a ordem constitucional.

Entende o douto Professor **Athos Gusmão Carneiro** que a ampliação do texto do artigo projetado, para permitir a arguição pelo executado de ofensa cometida pela sentença diretamente contra disposição da Constituição ou por meio de lei inconstitucional permitiria ao advogado do devedor facilmente “impedir” a execução da sentença.

Ora, é importante lembrar que a impugnação não terá efeito suspensivo, como aliás ressalta o art. 475-M, na redação do anteprojeto. E, em se tratando de questão puramente de direito, haverá de ser julgada de plano pelo juiz, sem necessidade de qualquer diligência probatória. Não há como utilizar tal expediente para procrastinar o andamento do feito. Ademais, se seu uso indevido se fizer, há no CPC remédios enérgicos de que o juiz poderá se valer para coibir a litigância de ma-fé e a ofensa à dignidade da justiça (CPC, art. 14, III, IV e V, art. 17, I, IV e V, c.c. arts. 14, parágrafo único, e 18).

Aduz, mais, o Professor **Athos Gusmão Carneiro**, que “o argumento da inconstitucionalidade deve ser suscitado pelo réu, isto sim, quando do contraditório e da instrução processual, como relevante **quaestio juris**, e não tardiamente quando da execução da sentença condenatória”.

Entretanto, para a nulidade máxima, gerada pela ofensa à Constituição não há, nem pode haver preclusão. Portanto, com ou sem declaração do STJ, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, pelo controle difuso da constitucionalidade estará o juiz da causa sempre credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e a acolher a impugnação do executado para proclamar a inexecuibilidade da condenação inconstitucional

Muito são os casos de leis que, mesmo inconstitucionais, nunca chegam ao crivo do STF em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Imagine-se o caso da lei flagrantemente inconstitucional que vem a ser revogada



antes de o STF julgar a ação de inconstitucionalidade. Jamais se obterá o pronunciamento da Suprema Corte a seu respeito, porque segundo jurisprudência assentada a revogação da lei prejudica a apreciação da argüição de afronta à Constituição. No entanto, em caso concreto, a lei inconstitucional foi aplicada e a sentença nela fundada se acha sob a força da coisa julgada. Seria absurdo recusar-se à parte o direito de excepcionar a nulidade do decisório, nos moldes do parágrafo único do art. 741, somente porque o STF não chegou a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade gritante na espécie. A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida sob pena de colocar-se acima da Constituição um simples ato judicial.

Não seria menos absurda a situação do ato administrativo que confiscasse bens de contribuinte, afrontando a vedação constitucional e que acabasse acobertado por sentença transitada em julgado, por falta de defesa adequada em juízo. O tema jamais teria precedente do STF para ser argüido nos embargos de que trata o parágrafo único do art. 741 do CPC. É evidente, contudo, a invalidade do decisório a inviabilizar sua execução forçada e a justificar a exceção de inexigibilidade.

Não é, ressalte-se mais uma vez, o pronunciamento do STF que constitui a nulidade da norma ou ato inconstitucional. A invalidade decorre **ipso iure** do próprio ato perpetrado ao arrepio de mandamento da Lei Maior.

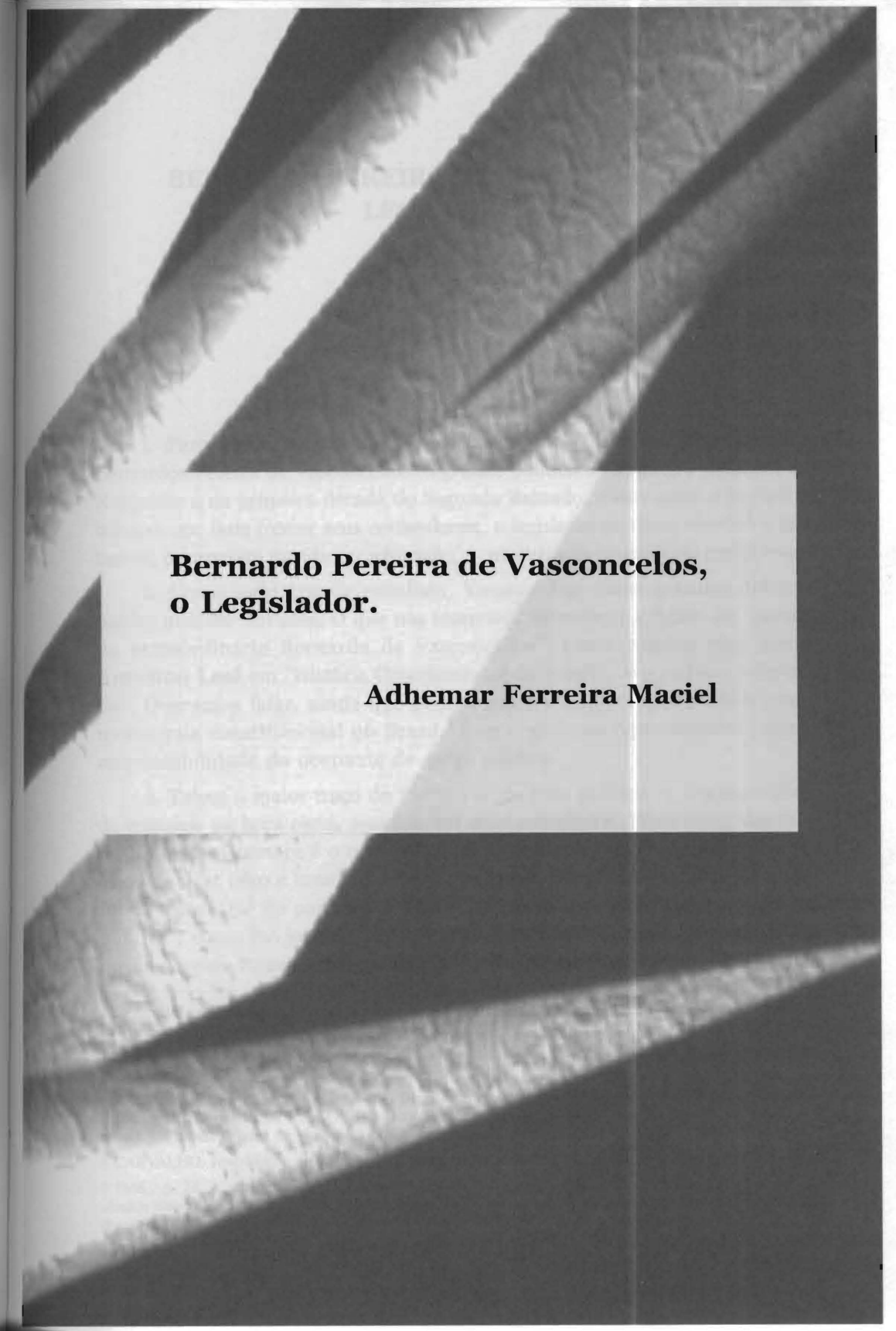
É justamente essa invalidade congênita que inspira a regra legal inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC. Aliás, com ou sem regra legal explícita, a inexequibilidade da sentença inconstitucional continuaria a prevalecer.

A se adotar, **data venia**, o critério restritivo do anteprojeto *subcensura* estar-se-ia, na verdade, esvaziando um remédio que se concebeu como eficiente defesa do princípio da constitucionalidade no bojo do *processo justo* reclamado pelo novo Direito Processual, dentro das perspectivas de amplo acesso à justiça e plena efetividade da prestação jurisdicional.

O que realmente se almeja, num processo que mereça os qualificativos apontados, é que nenhuma inconstitucionalidade, em tempo algum, possa ser ignorada ou desprezada, a pretexto de preclusão, quando se intentar a execução do título judicial de conteúdo contrário à Constituição.

Belo Horizonte, março de 2004.

**Humberto Theodoro Júnior**



**Bernardo Pereira de Vasconcelos,  
o Legislador.**

**Adhemar Ferreira Maciel**

## **BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELLOS, O LEGISLADOR.**

**Adhemar Ferreira Maciel**

Ministro aposentado do STJ. Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

1. Parodiando escritor brasileiro, poderíamos dizer que muitos são os Bernardos Pereira de Vasconcellos: o grande político do Primeiro Reinado, das Regências e da primeira década do Segundo Reinado; o sarcástico e impiedoso tribuno, que fazia tremer seus contendores;<sup>1</sup> o legislador profícuo, objetivo e infatigável; o jornalista mordaz; o advogado; o magistrado; o estudante em Portugal.

2. Como todo grande estadista, Vasconcellos tinha grandes defeitos, porém maiores virtudes. O que nos interessa, ao esboçar a figura do “grande, do extraordinário Bernardo de Vasconcellos”, como rotulou com justiça **Aurelino Leal** em “História Constitucional do Brazil”,<sup>2</sup> é o político e legislador. Queremos falar, ainda que pouco, sobre o homem que sonhou com a monarquia constitucional no Brasil,<sup>3</sup> com o governo representativo, com a responsabilidade do ocupante de cargo público.

3. Talvez o maior traço do Político — do bom político — é a capacidade de transigir na hora certa, sem renegar seus postulados. “Se o vento das tempestades nem sempre é o mesmo”, justificava Bernardo, como haveria o político de ficar cego e imutável e servir ao País?<sup>4</sup> Bernardo Vasconcellos nunca foi o “trânsfuga” de partidos políticos. Também não foi o “tergiversante em política”, como lhe jogou no rosto o Ministro José Clemente Pereira. Muito menos, aquele Proteu, que mudava de forma ao sabor do vento político.<sup>5</sup> Não

---

<sup>1</sup> Bernardo era “odiado, mas principalmente temido”, lembra **MASCARENHAS, Nelson Lage. O nobre senador**. Revista do IHGMG. v. 11, p. 19.

<sup>2</sup> **LEAL, Aurelino. História constitucional do Brazil**. Reimpressão fac-similar. Brasília: Ministério da Justiça, 1994. p. 166.

<sup>3</sup> Barão do Rio Branco em suas **Efemérides Brasileiras** reconheceu que Vasconcellos tinha sido o “mestre do Parlamentarismo no Brasil” (cf. **SOUSA, Octavio Tarquínio de. História dos fundadores do império do Brasil. Bernardo Pereira de Vasconcelos**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, v. 5, p. 58).

<sup>4</sup> **CARVALHO, José Murilo de. Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 26.

<sup>5</sup> **Ibid.**, p. 24. A partir de 1835, quando se tornou “regressista”. Vasconcellos se apartou de antigos aliados liberais, como Feijó e Evaristo da Veiga. O último começou a atacá-lo no “Aurora Fluminense”, dizendo que, como o deus Proteu, Bernardo mudava de forma quando bem queria.

se apegava à doutrina pela doutrina. Seu senso era prático. No momento em que a unidade do País corria perigo, quando eclodiam sedições na Cisplatina, no Rio Grande do Sul, na Bahia, no Maranhão, Pará e Pernambuco, quando as Cortes de Lisboa já haviam fomentado o afrouxamento dos laços políticos entre as Províncias brasileiras, Bernardo soube defender o Império e o trono, afastando-se do Liberalismo anteriormente abraçado.<sup>6</sup> Já não mais era o liberal moderado do pós-Sete de Abril. Temia a divisão do País. Temia a instauração da anarquia. Ansiava pela mudança de leis liberais que ele mesmo elaborara com tanto desvelo e convicção. Passou a lutar pela alteração da legislação criminal e processual criminal. Insistia no tráfico de escravos, já que a “África civilizava o Brasil”. A experiência do juiz de paz eletivo, sujeito às influências do chefe político local, estava fragmentando a autoridade geral, abrindo as portas para a cizânia entre os brasileiros. Pois bem, foi nessa ocasião que Bernardo Vasconcellos deixou gravadas palavras que para nós deveriam ser tão caras quanto o *Gettysburg Address* de Abraham Lincoln é para os norte-americanos de hoje:

“Fui liberal, e então a liberdade era nova no País, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, não nas idéias práticas; e o poder era tudo: fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade: os princípios democráticos tudo ganharam e muito comprometeram; a sociedade, que então corria risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. Como então quis, quero hoje servi-la, quero salvá-la, e por isso sou regressista.”<sup>7</sup>

4. Em 06/07/1819, com a idade de 24 anos, o mineiro de Vila Rica,<sup>8</sup> filho do bem-sucedido Advogado Diogo Pereira Ribeiro de Vasconcellos, português de nascimento, concluiu seus estudos acadêmicos na Universidade de Coimbra.<sup>9</sup> Durante pouco tempo freqüentou em Lisboa o escritório de seus tios maternos Bernardo de Souza Barradas e José da Fonseca, conceituados advogados.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> **Pontes de Miranda**, sem razão, diz que Bernardo Pereira de Vasconcellos nunca deixara de ser reacionário (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968, t. 1, p. 289).

<sup>7</sup> **NABUCO, Joaquim**. **Um estadista do império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, v. I, p. 65.

<sup>8</sup> Bernardo nasceu em Vila Rica, em 27.08.1795. Em 20.03.1823, Vila Rica foi elevada a “Imperial Cidade de Ouro Preto” (Cf. SOUSA, **ob. cit.**, p. 24).

<sup>9</sup> Matriculou-se em Direito, em 03 de outubro de 1814; em Filosofia, em 25 do mesmo mês e ano (cf. SOUSA, **op. cit.**, p. 20).

<sup>10</sup> Cf. documento n. 4 SOUSA, **op. cit.**, p. 269.

5. De volta ao Brasil,<sup>11</sup> Bernardo pleiteou de D. João VI “lugar” na magistratura. Após mencionar a sua filiação e aludir ao nome de outro respeitado tio, desembargador da “Caza da Suplicação de Portugal”,<sup>12</sup> Indica as vagas nas quais bem poderia ser aproveitado: juiz de fora de Mariana, juiz de fora de São João del Rei e juiz do crime da cidade da Bahia. Não conseguiu nenhum desses lugares. Foi nomeado juiz de fora de Guaratinguetá, assumindo o cargo no primeiro dia do ano de 1821, perante a Câmara Municipal.<sup>13</sup> Querendo ficar mais perto de seu “país”, como dizia ao se referir a seu torrão natal, reivindicou, sem sucesso, a Ouvidoria de Vila Rica.

Tudo indica que foi na longínqua Vila de Santo Antônio de Guaratinguetá,<sup>14</sup> quando contava 25 anos, que surgiram os primeiros sintomas de uma neuropatia progressiva, doença neurodegenerativa que pode ter sido causada por sífilis, e o acompanharia pela vida toda.<sup>15</sup>

6. Alguns meses antes da Independência do Brasil, em 15 de maio de 1822, depois de muitas licenças para tratamento de saúde, Bernardo foi exonerado do cargo de juiz. Três anos depois, em 1825, quando contava 30 anos de idade, foi nomeado desembargador do Tribunal de Relação do Maranhão, cargo que nunca assumiu. Seus olhos já estavam voltados para sua grande deusa, a política. Sua primeira tribuna, como freqüentemente acontecia, não seria a parlamentar, mas a jornalística: em Ouro Preto, em março de 1825, fundou ou ajudou a fundar o periódico *O Universal*.<sup>16</sup> Também colaborou em outros jornais como *O Sete de Abril*,<sup>17</sup> *O Caboclo*, *O Brasileiro*, *a Sentinela da Monarquia* e o *Correio da Tarde*.<sup>18</sup>

7. Já conhecido por seus artigos jornalísticos, Bernardo candidatou-se a deputado (1824). Instalado o primeiro Conselho do Governo de Minas Ge-

<sup>11</sup> Viveu cerca de 7 anos em Portugal (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 53).

<sup>12</sup> *Ibid.*, documento n. 4.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>15</sup> Em 05.10.1847, quando ditou seu testamento cerrado, teve de pedir a seu amigo Silva Maia para redigir o documento. Limitou-se a assiná-lo. Já não mais tinha destreza nas mãos (Cf. SOUSA, *ob. cit.*, p. 116). Confronte o documento n. 14, SOUSA, p. 296 *et seq.*

<sup>16</sup> SOUSA, Octavio Tarquínio, *op. cit.*, p. 28, diz que na verdade Vasconcellos foi o primeiro redator de “O Universal”.

<sup>17</sup> Os artigos de “O Sete de Abril” eram verdadeiras verrinas. Não mais tinham a serenidade dos primeiros tempos de “O Universal” (*Ibid.*, p. 27).

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 25.

rais, em 1825, foi um de seus membros. Embora grande admirador das instituições políticas e jurídicas inglesas, leitor assíduo de John Milton,<sup>19</sup> partidário da imigração inglesa para Minas Gerais,<sup>20</sup> combateu com intrepidez a exploração contratual por ingleses da navegação do Rio Doce, aprovada por decreto imperial de 6 de maio de 1825.<sup>21</sup>

8. Cautelosa, podemos até dizer tímida e medrosa,<sup>22</sup> instalou-se a primeira legislatura nacional em 1826. Ainda vivo na memória de muitos deputados estava o fechamento da Assembléia Geral Constituinte em 12 de novembro de 1823.<sup>23</sup> D. Pedro era sempre imprevisível e genioso. O golpe de força poderia ser repetido. Entre os representantes da Província de Minas Gerais se achava Bernardo Pereira de Vasconcellos. Da Tribuna Legislativa, começa a combater os desmandos do imperador, que amordaçara a imprensa.<sup>24</sup> Se combatia o homem, Bernardo glorificava seu trono, as instituições e a Carta política. Combateu as “comissões militares”, verdadeiro “invento infernal”,<sup>25</sup> instaladas para julgar sumariamente os “republicanos de Afogados”, autênticos arruaceiros que na noite de 1<sup>a</sup> de fevereiro de 1829, no bairro de Afogados, em Recife, saíram gritando vivas à República.<sup>26</sup> Dos julgadores, Bernardo dizia: “(...) militares, bravos sim, e cobertos de glória marcial, mas alheios aos princípios de Direito, e muito mais alheios à prática de julgar.”<sup>27</sup>

19 A inferência se tira de crítica feita em “O Noticiador” de 25.09.1849 (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 259). O verrista assina “Horácio Cocles”. Cocles, soldado romano, conseguiu defender uma ponte estratégica contra o ataque dos etruscos no ano de 509 aC. Com sua bravura, mesmo tendo um só olho, salvou Roma. Disponível em: ‘<http://www.dl.ket.org/latin/historia/people/heroes/horatius01.htm>.’ Acesso em: 26.fev.2004.

20 “O Universal” de 10 de agosto de 1825 (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 26). Em 1843, no Senado, Bernardo apresentou projeto sobre sesmarias e imigração. Só em 1850 é que o projeto se transformou na “Lei das Terras” (cf. CARVALHO, *op. cit.*, p. 31).

21 SOUSA, *op. cit.*, p. 26.

22 HERMITAGE, p. 268.

23 Cf. CALMON, Pedro. **História do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1963, v. 5, p. 1.601.

24 A imprensa havia sido aniquilada nesse período. HERMITAGE (p. 173) diz que “(o)s jornais de ordem secundária haviam inteiramente desaparecido; alguns folhetos isolados da pena do monarquista José da Silva Lisboa, depois Visconde de Cairu, e as colunas do “Diário Fluminense” eram nesta época os únicos meios de notícias políticas”.

25 CARTA aos Senhores Eleitores da Província de Minas Gerais.

26 SOUSA, *op. cit.*, p. 93.

27 CARTA... *op. cit.*

Da Tribuna, Bernardo não hesitava em acusar seu antigo colega de comissão parlamentar,<sup>28</sup> então Ministro da Justiça:

“Denuncio o Ministro dos Negócios da Justiça, Lúcio Soares Gouvea,<sup>29</sup> pela suspensão das formalidades que garantem a liberdade individual na Província de Pernambuco, pelo Dec. de 26 de fevereiro do corrente ano, em que foi infringida a Constituição”.<sup>30</sup>

9. Trabalhador à exaustão, Bernardo tinha verdadeira obsessão pelo fator tempo.<sup>31</sup> Não deixava nada para depois. Certamente por causa da doença, tinha sempre presente a idéia de morte, o que só se deu aos 55 anos (1850). Foi vítima, como grande parte da população do Rio de Janeiro, da febre amarela.

John Armitage, historiador inglês que veio para o Brasil em 1828, descreve o deputado Bernardo Vasconcellos com “a aparência e o porte de um sexagenário”.<sup>32</sup> O pastor protestante Robert Walsh, que ficava escutando embevecido seus discursos na Câmara, ao visitá-lo em Ouro Preto, lhe atribuiu uns 45 anos... Bernardo tinha somente 33. Era velho pela doença.<sup>33</sup>

Os votos, os projetos, as propostas e os pareceres de Bernardo eram objetivos, simples, curtos. **Salomão de Vasconcellos**, um de seus biógrafos, lembra uma passagem típica no Legislativo mineiro. Alguém pediu votação nominal para decidir questão de ordem. Bernardo enviou seu voto à Mesa: “Declaro que votei contra o requerimento pela perda de tempo e nenhum interesse público”.<sup>34</sup> A propósito, quando a sombra política de Bernardo Pereira de Vasconcellos começava a cobrir todos os homens públicos, os *Anais da Câmara* de 1826 registram voto seu em discussão acalorada sobre privilégios eclesiásticos. Não havia, ainda, a separação entre o Estado e a Igreja. Imperava o regime do padroado.<sup>35</sup> Bernardo, que ficava rodando

<sup>28</sup> Bernardo e Lúcio fizeram parte da primeira comissão parlamentar da primeira legislatura (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 34).

<sup>29</sup> Lúcio foi inocentado por 41 votos a 29 (SOUSA, *op. cit.*, p. 100).

<sup>30</sup> VASCONCELLOS, **Salomão de**. Bernardo Pereira de Vasconcellos. Belo Horizonte, 1953. p. 28.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 44.

<sup>33</sup> O irlandês Walsh era dotado de grande poder de observação. Visitou Bernardo Vasconcellos em sua casa em Ouro Preto e também no Rio de Janeiro. Descreve, com detalhes, seus encontros com o parlamentar mineiro. Escreveu um livro denominado “*Notices of Brazil*” in 1828 and 1829 (Disponível em: ‘<http://www.eyetnesshistory.com/slaveship.htm>.’ Acesso em: 14.mar.2004).

<sup>34</sup> VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 4.

<sup>35</sup> CARTA Política de 1824. art. 102, 2.

no dedo indicador a corrente de seu relógio de bolso enquanto ouvia os oradores, atalhou: “Não somos historiadores, mas legisladores”. A Câmara dos Deputados não era lugar para se mostrar erudição com citas de S. Pedro, S. Paulo e até mesmo de imperadores romanos.<sup>36</sup> Como tinha o dom da linguagem jornalística, curta e clara, gostava de repetir: “Artigos curtos: são os que o povo lê”.<sup>37</sup> O seu senso do tempo útil, da realidade das coisas, sobretudo da educação política incipiente do brasileiro, o levava muitas vezes a repelir a imitação de leis estrangeiras. O “Mirabeau do Brasil”, como o chamara o John Armitage,<sup>38</sup> o “Adams brasileiro”, como o apelidara o reverendo Walsh, opunha-se tenazmente ao transplante puro e simples de instituições européias para os trópicos. Foi o que se deu quando da discussão do projeto do novo Conselho de Estado, já que o anterior, criado pela Carta de 1824 (art. 137), fora extinto pelo Ato Adicional (1834). Para muitos parlamentares, era bem mais prático e seguro copiar o modelo francês, que tinha suas raízes históricas no *Conseil du Roi do Ancien Régime*.<sup>39</sup> Bernardo, assentado em sua cadeira, pois não conseguia ficar muito tempo de pé, redarguiu: “Não me faz peso o não estar a doutrina do projeto muito de acordo com o Conselho de Estado da França. Os legisladores franceses tiveram o seu fim; nós temos outro”.<sup>40</sup>

10. Na época de Bernardo Pereira de Vasconcellos, permitia-se que o membro da Câmara dos Deputados (deputado geral) também exercesse função no Conselho do Governo Provincial ou mesmo no Ministério. Na sessão do Conselho de 20 de dezembro de 1828, Bernardo, que bem compreendia a necessidade de disseminação da instrução pública pela Província, apresentou um projeto em apenas três artigos. Dispensava da frequência de aula o aluno que, na Província, tivesse cursado a mesma matéria jurídica exigida na capital do Império.<sup>41</sup> Era o embrião do atual aproveitamento de créditos. Levando adiante seu desvelo pelo ensino público, pois nele estava a chave do

<sup>36</sup> SOUSA, *op. cit.*, p. 56.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 244.

<sup>39</sup> O *Conseil d'État* é herança do Conselho do Rei. Foi reorganizado no Ano VIII e persistiu em todos os regimes políticos franceses (cf. HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 130). A Constituição de 13 de dezembro de 1799 (*An VIII*) dispunha em seu art. 52: “*Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*” (cf. LES CONSTITUTIONS de la France depuis 1789. Paris: Flammarion, 1979, p. 157).

<sup>40</sup> “O Despertador”, edição de 8 de julho de 1841 (SOUSA, *op. cit.*, p. 242).

<sup>41</sup> VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 21-22.



progresso de toda nação, propôs a criação de uma “escola de cirurgia” em São João del Rei, e uma “escola de mineralogia” em Mariana.<sup>42</sup> Bem mais tarde, em 1832, elaborou o famoso *Regulamento de Ensino*,<sup>43</sup> porque ninguém, como ele, entendia tanto da “ciência administrativa” como então se dizia.<sup>44</sup> Quando assumiu o Ministério da Fazenda da Regência Trina, baixou uma “Exposição de Princípios” (23 de julho de 1831), mostrando a linha político-administrativa a ser seguida pelo Governo. Era um compromisso com o povo, um delineamento do governo parlamentar.

11. No meu entender, duas pessoas, ambas próximas, devem ter influenciado profundamente a formação liberal de Bernardo. A questão não se acha estudada ou suficientemente esclarecida. A primeira é seu pai, o Dr. Diogo Pereira Ribeiro de Vasconcellos, advogado influente na Província de Minas Gerais, com vocação literária,<sup>45</sup> amigo de dois árcades mineiros: Tomás Antônio Gonzaga, seu padrinho de casamento,<sup>46</sup> e Cláudio Manoel da Costa, um dos projetados juristas de uma República que jamais vingou. Suspeito de também ser um dos conjurados, o Dr. Diogo ficou preso por cinco dias, entre 24 e 29 de maio de 1789,<sup>47</sup> sendo depois libertado. Quando morreu, em 1812, seu filho já estava com 17 anos. O pai, na intimidade do lar, em suas conversas com o filho, deve ter-lhe segredado a verdade sobre a conjuração mineira de 1788/1789, desfazendo tudo aquilo que fora compelido a falar em praça pública para se salvar da forca ou do degredo. Anos depois, na sessão de 18 de junho de 1827, Bernardo, já deputado geral, ataca o Visconde de Barbacena, acusando-o de haver mandado assassinar Cláudio Manoel, “o Catão de Minas”.<sup>48</sup> Põe em relevo a farsa do julgamento dos sediciosos mineiros, contando a conversa que tivera, em Lisboa, com um dos juizes do processo. O ma-

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>44</sup> *Armitage. ob. cit.*, p. 244.

<sup>45</sup> O Dr. Diogo escreveu alguns livros. Dentre eles, *Memórias sobre a capitania de Minas Gerais* (cf. SOUSA, p. 16).

<sup>46</sup> Além de Gonzaga, duas outras autoridades locais foram padrinhos de casamento de Diogo e d. Maria do Carmo de Souza Barradas na catedral de Mariana, em 23 de novembro de 1785: Francisco Gregório Pires Bandeira, intendente, e Ignácio José de Sousa, juiz de fora (Ver documento transcrito por VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 79).

<sup>47</sup> SOUSA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>48</sup> Em Vila Rica, quando se achou o corpo de Cláudio Manoel, em 4 de julho de 1789, ninguém acreditava em “suicídio”. Houve missa custeada pelo erário (cf. MAXWELL, Kenneth R. *A devassa da devassa: a inconfidência mineira — Brasil e Portugal — 1750 — 1808*. 3. ed. Trad. João Maia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 182).

gistrado se penitenciara da sentença injusta que proferira.<sup>49</sup> A outra pessoa que deve ter influído fortemente em seu caráter foi seu tio Dr. Fernando Luiz Pereira de Souza Barradas Cardozo e Silva, desembargador da Casa de Suplicação de Lisboa, perseguido, anos depois, por miguelistas exaltados. A perseguição se dera por suas atitudes liberais.<sup>50</sup>

12. Lendo-se o já mencionado discurso proferido na Câmara dos Deputados em 18 de junho de 1827, fica-se, ainda hoje, quando tanto se fala em “reforma do Judiciário”, em “súmula vinculante”, em “controle externo”, impressionado com a clarividência do grande legislador mineiro, que então se achava imbuído do pensamento de Jeremy Bentham.<sup>51</sup> Em boa parte da Europa, é verdade, o processo penal já se achava em sua “fase humanitária”. Já vigorava na França o *Code d’Instruction Criminelle* de Napoleão, e o código do Reino de Nápoles (1819) tinha seus seguidores. Mas, aqui no Brasil, as trevas da Idade Média ainda nos cobriam em matéria penal e processual penal. Lei de 27 de setembro de 1827<sup>52</sup> revigoraria, por sinal, o Livro V das Ordenações Filipinas, aquele “misto de despotismo e beatice”, no dizer do Conselheiro Batista Pereira.<sup>53</sup> Bernardo, ao apresentar seu projeto de reforma do processo criminal, em 11 artigos curtos e objetivos,<sup>54</sup> lembrava a eficiência do processo criminal inglês. Lá, dizia ele, a justiça em parte era célere porque itinerante. Era o tribunal que se deslocava periodicamente para o distrito da culpa.<sup>55</sup> Partidário da instituição do júri popular,<sup>56</sup> Bernardo pregava a separação entre os juízes de fato, vale dizer, os jurados, e o juiz de direito, ou seja, aquele que subsumia o fato na norma. Pugnava pela publi-

<sup>49</sup> Fragmento de discurso in CARVALHO, *op. cit.*, p. 50.

<sup>50</sup> Ficou preso por 6 anos (SOUSA, *op. cit.*, p. 21).

<sup>51</sup> Jeremy Bentham é citado por Bernardo em artigo jornalístico escrito contra o presidente da Província de Minas Gerais (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 83).

<sup>52</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, p. 176.

<sup>53</sup> CARVALHIDO, Hamilton. Prefácio. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código criminal do império do Brasil anotado*, de Antonio Luiz Ferreira Tinoco. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

<sup>54</sup> A íntegra do anteprojeto se acha em CARVALHO, *op. cit.*, p. 51-52.

<sup>55</sup> Bernardo Vasconcellos certamente se deve ter impressionado com as *Courts of Assizes*, que 3 ou 4 vezes por ano percorriam determinadas jurisdições inglesas ou galesas para julgar, através de jurados, crimes ali cometidos (Sobre as *Courts of Assizes*, ver WADE, E. C. S., BRADLEY, A. W. *Constitutional law*. 7ª ed. London: Longmans, Green, 1965, p. 300 et seq.).

<sup>56</sup> A instituição do júri, à evidência, não é criação inglesa. Em Atenas, cerca de 5 ou 6 séculos antes de Cristo, o povo já julgava seus criminosos. O mesmo se dava em Roma e na França do século IX. Mas, foi através da Inglaterra que o tribunal popular se espalhou pelo mundo (cf. ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. New York: Oxford University, 1986, p. 103).

cidade dos julgamentos criminais. Pedia o contraditório. Ambos os princípios — o da publicidade e o do contraditório — estão hoje consagrados em nossa Constituição Federal de 1988.

Pelo seu projeto, o Juiz Relator deveria ler o libelo acusatório em sala pública ampla, arejada, facultando-se a presença de espectadores. O processo seria dialético. Após a leitura do relatório, seria facultado às partes contestar o que fora afirmado. Somente depois é que seria ditada a sentença, em voz alta, para que todos, réus, advogados e público, dela tomassem conhecimento. A decisão teria que ser “impreterivelmente proferida na mesma sessão” (art. 10). É claro que a Bernardo não escapava a diferença entre o povo inglês, com outra formação política, cívica e religiosa, e o brasileiro, que estava tentando sair do absolutismo da Casa de Bragança. Pouco importava. Seu traço era a inquietude, o inconformismo. Queria o melhor para seu povo. Em comparação com outras nações, percebia que a administração de nossa justiça se achava eivada de formalismo e superstição. Precisava ser modernizada. Propôs a abolição dos bolorentos Tribunais do Desembargo do Paço e da Mesa de Consciência e Ordens. Seu projeto de criação do Supremo Tribunal de Justiça data de 7 de agosto de 1826.<sup>57</sup>

13. Durante toda sua vida parlamentar, seja como deputado provincial, deputado geral ou senador, era difícil um dia que Bernardo não tomasse a palavra duas, três, quatro ou mais vezes por sessão. Em toda discussão, em todo projeto, lá estava seu dedo. A Carta Política de 1824, em seu art. 173, abriu a possibilidade de sua própria “reforma”, como então se dizia. Bastava que se aguardasse o decurso de quatro anos de seu juramento. O sonho dos liberais, tanto extremados quanto moderados, era acabar com o Conselho de Estado, com o Poder Moderador, com a vitaliciedade dos senadores. Muitos pensavam até em monarquia federativa. A idéia de república já passara pela cabeça de alguns. O Senado, como câmara revisora, resistia e impedia qualquer tentativa reformista. Conhecida ficou a tentativa de um golpe de Estado, em 30 de julho de 1832, quando deveria ser proclamada pela Câmara dos Deputados a Constituição impressa em tipografia na cidade mineira de Pouso Alegre. Bernardo, então Ministro da Fazenda, era um dos que estavam envolvidos no conluio. Como se sabe, o jovem deputado mineiro Honório Hermeto Carneiro Leão, que também estivera presente na chácara do padre

<sup>57</sup> O projeto só se converteu em lei em 1828 (cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 56).

José Custódio Dias,<sup>58</sup> no Rio de Janeiro, fizera com que o plano abortasse. De qualquer sorte, a tentativa de golpe político ensejou a elaboração de lei de 12 de outubro de 1832, a qual determinou fossem eleitos deputados com poderes constituintes para alteração de determinados artigos da Carta de D. Pedro.<sup>59</sup> Aí estava o primeiro passo para o advento do “Ato Adicional”, lei promulgada pela Câmara dos Deputados em 12 de agosto de 1834. Bernardo Pereira de Vasconcellos foi seu Relator e principal elaborador. O Ato Adicional veio em 32 artigos. Sofrera várias modificações na Câmara. Não era aquilo que o autor do projeto esperava, daí se imputar a ele, quando de sua entrega para assinaturas, o desabafo: “Entrego-lhes o Código da Anarquia”.<sup>60</sup> Cinco anos depois, já no Senado, Bernardo falou que entendia que o Ato Adicional deveria ter sido aprovado tal o redigira.

O art. 25 do Ato Adicional é obra de gênio. É atribuído à engenharia político-jurídica de Bernardo.<sup>61</sup> No caso de dúvida sobre a inteligência de algum artigo — dizia o dispositivo — caberia ao Poder Legislativo Geral fazer a interpretação. Em outras palavras, o Legislativo poderia, sem necessidade de emenda formal do Estatuto político, baixar leis interpretativas. Foi o que ocorreu em maio de 1840, com a denominada “Lei de Interpretação”. As palavras de Bernardo tinham sido proféticas. As assembleias legislativas provinciais e os presidentes das Províncias não se continham em seus lindes de atribuição constitucional. Os juizes de paz solapavam a autoridade regencial. O tumulto estava instalado.

14. Mais uma palavra sobre o gênio legislativo de Bernardo Pereira de Vasconcellos. O célebre Código Criminal do Império (1830), um “verdadeiro monumento legislativo”,<sup>62</sup> teve por base projeto por ele apresentado em 04 de maio de 1827.<sup>63</sup> É obra notável para a época.<sup>64</sup> Foi o primeiro código autônomo da América Latina. Influenciou os códigos espanhóis e, por tabela, todos

<sup>58</sup> A “Chácara Floresta”, do deputado mineiro padre José Custódio Dias, tornou-se um “centro de confabulações liberais” (CALMON, *op. cit.*, p. 1.630, nota n. 27). Antes, em 17 de março de 1831, cerca de 23 deputados e 1 senador já se tinham reunido na mesma chácara, que ficava no sopé do Morro do Castelo. Arquitetou-se a expulsão de D. Pedro do País, o que se deu com o 7 de Abril.

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1986. v. 1, p. 47.

<sup>60</sup> Cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 159.

<sup>61</sup> LEAL, Hamilton. *História das instituições políticas do Brasil*. Reimp. Brasília: Ministério da Justiça, 1994, p. 310.

<sup>62</sup> MAGALHÃES, Noronha E. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 6.

<sup>63</sup> O Código entrou em vigor em 08 de janeiro de 1831, por força de carta de lei.

<sup>64</sup> SOUSA, Octavio Tarquínio de. *História dos fundadores do império do Brasil: a vida de D. Pedro I*.

os códigos de países de língua castelhana. A despeito das observações contrárias de Nelson Hungria,<sup>65</sup> trouxe inovações. Algumas delas só apareceram bem mais tarde em códigos da Holanda, Itália e Noruega.<sup>66</sup> Conta-se mesmo que dois juristas alemães se dispuseram a aprender a língua portuguesa só para que pudessem ler o Código Criminal no original.<sup>67</sup>

O Código de 1830 se arrima em princípios: a) anterioridade e legalidade da pena cominada (art. 33); b) proporcionalidade e gradação da pena (art. 33); c) imprescritibilidade da pena (art. 65) e d) cumulação das penas, com cumprimento a começar da apenação mais alta (art. 61).

Como homem de seu tempo, Bernardo Pereira de Vasconcellos sofreu influência dos iluministas e utilitaristas. Muitos dos princípios perfilhados pelo Código de 1830 já se achavam positivados na Constituição francesa de 1791.<sup>68</sup> É possível que o projeto elaborado pelo jurista português Paschoal José de Mello Freire dos Reis, entre 1783 e 1788, tenha influenciado nosso Código de 1830. Nesse projeto português está bem assentado o princípio da legalidade.<sup>69</sup>

15. Seja como Deputado, Senador, Ministro e Conselheiro de Estado, ou mesmo Vice-Presidente da Província de Minas, Bernardo Pereira de Vasconcellos deixou marcas profundas em nossas instituições políticas e públicas que estavam nascendo. Como se deu com Mozart, poucas pessoas se foram despedir dele no cemitério do Catumbi. Não houve discursos, ainda que ali estivessem presentes alguns poucos parlamentares. O corpo deformado pela longa doença finalmente descansava. O gigante que fora Bernardo Pereira de Vasconcellos, aprisionado num corpo retorcido pela doença, ainda hoje, passados mais de 150 anos de sua morte, nos maravilha e nos põe a pensar se o parlamentarismo não teria sido melhor para nosso sofrido Brasil...

---

Rio de Janeiro, 1957. v. IV, p. 874. A dureza das penas do Código Criminal hoje nos assusta: pena de morte pela forca (art. 39), precedida por desfile do condenado, acompanhado do juiz e escrivão, pelas principais ruas da cidade (art. 40); pena de galés, com calceta de ferro e corrente (art. 44); penas de desterro e banimento. De qualquer sorte, em relação ao *liber terribilis* das Ordenações do Reino, as penas já se achavam suavizadas...

65 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 1, p. 38, nota de rodapé 12.

66 MAGALHÃES, Noronha E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, pp. 66 et seq.

67 BRUNO, **ob. cit.**, p. 179.

68 *Déclaration des Droits*. "Art. 8 – La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée".

69 REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p. 165.

## **Breves observações sobre a carência de ação**

**Eduardo Ribeiro de Oliveira**

## BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A CARÊNCIA DE AÇÃO

**Eduardo Ribeiro de Oliveira**

— Advogado

— Ministro do Superior Tribunal de  
Justiça (aposentado - 08/2000

— Professor da Universidade de Brasília —  
UnB e do UniCEUB — Centro Universi-  
tário de Brasília

1. Carência de ação: decisão estranha ao mérito. 2. A carência e as condições da ação. 3. A questão prejudicial. 4. Um caso emblemático: a renovatória de locação. 5. Legitimidade para a causa. 6. Legitimação extraordinária. 7. Legitimação ordinária **in statu assertionis**. 8. A opinião de **Donald Armelin**. 9. Crítica à “teoria da asserção”: **Dinamarco**. 10. A questão da prova.

1. Ao contrário do Direito anterior, o vigente Código de Processo Civil cuida especificamente da carência de ação, incluindo-a entre aquelas matérias que, como preliminar, antecedendo, pois, a discussão do mérito, serão objeto da contestação. E o certo é que a expressão, mesmo antes da consagração legislativa, já era amplamente usada, não apenas em exposições teóricas, como na jurisprudência.

Processualistas que escreveram antes da atual codificação salientavam a absoluta falta de uniformidade, quanto ao entendimento desse fenômeno processual, encontrando-se, a propósito, “as mais disparatadas decisões”, parecendo que os juízes decidiam entre improcedência e carência como se a questão se sujeitasse “a seu desvinculado arbítrio”<sup>1</sup>.

Não se pode afirmar, entretanto, que a situação se haja modificado muito após o Código de 1973. A consulta aos repertórios, e não só a eles, mas também a obras de doutrina, mostra que persiste a incerteza, malgrado a lei

---

<sup>1</sup> COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. A carência de ação, especialmente com relação à legislação para a causa. **Rev. Dir. Proc. Civil**, São Paulo, n. 3, p. 5-36, jan./jun. 1961.

haja fornecido parâmetros. Pelo menos um, certamente: tratar-se de questão estranha ao mérito.

O tema, que já apresentava importância não apenas teórica, mas também de ordem pragmática, veio a assumir ainda maior interesse com a modificação introduzida pela Lei n. 10.352/2001 no artigo 530 do Código de Processo Civil. Para os operadores do direito, especialmente para os advogados, surge uma nova fonte de dificuldades.

Se a decisão for de mérito, serão cabíveis embargos infringentes, uma vez reunidas as demais condições previstas em lei. Desse modo, antes de se cogitar de eventual recurso especial ou extraordinário, será mister a apresentação dos embargos. Entretanto, se se vier a considerar que, em verdade, não fora decidido o mérito, esse recurso não será conhecido e estará perdido o prazo para aqueles outros. O contrário, igualmente, poderá suceder. Presumindo-se que a decisão não feriu o mérito, interpõe-se, desde logo, o especial. Se, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entender diversamente, tendo, em consequência, como cabíveis os embargos, não conhecerá do especial, pois apresentado sem que se esgotassem os recursos admissíveis na instância ordinária.

Essa uma das razões por que, embora autor de sugestão, apresentada em 1983, no sentido de que se introduzisse a restrição que veio a ser acolhida em nosso direito, evoluímos dessa posição, parecendo-nos que melhor seria a supressão dos embargos infringentes, deixando nosso direito de manter-se na posição inteiramente isolada de admitir um recurso apenas porque há um voto vencido.<sup>2</sup>

2. **Machado Guimarães**, escrevendo no regime da Lei de 1939,<sup>3</sup> sustentou que a carência de ação se verificava quando faltasse uma das condições da ação, nos termos da doutrina de **Liebman** que alinhava, como condições para obter-se uma sentença de mérito, a possibilidade jurídica, o interesse processual e a legitimação para a causa<sup>4</sup>. O Código em vigor seguiu, pelo

---

2 A sugestão foi apresentada em congresso, reunido em Porto Alegre, a propósito dos dez anos do Código de Processo Civil. Acha-se publicada na Rev. Forense, Rio de Janeiro, n. 286, p. 89-96, abr./jun. 1984

3 GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969. 336 p.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Dinamarco, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 155.



menos em parte, na mesma trilha. Em parte porque, ao que se verifica do artigo 267, VI, parece ter admitido que outras condições para a ação existiriam, além das ali mencionadas. Ao lado das condições gerais, podem outras se apresentar específicas de determinadas ações.

Uma coisa, entretanto, não é dado questionar. Fica afastado o entendimento, ensejado pelas doutrinas concretistas, que levaria a reconhecer a carência, quando faltasse elemento necessário a propiciar sentença favorável. O autor não poder ser julgado carecedor da ação, se houver exame do mérito.

Isso não obstante, entretanto, continuam os tribunais a declarar a carência em numerosos casos que, a nosso ver, são claramente de improcedência e o fazem amparados muitas vezes, cumpre reconhecer, em obras de autorizados doutrinadores.

3. Uma das hipóteses em que freqüente o equívoco ocorre quando se dá o acolhimento de prejudicial.

Determinadas relações jurídicas têm sua existência condicionada à de outra. Uma subordinante, a outra subordinada. Para que a última tenha vida, indispensável que a primeira, logicamente antecedente, preexistia.

Versando o processo sobre a relação subordinada, para que se possa a respeito dela decidir, claro está que antes se há de verificar se existe aquela que a condiciona. Resultando negativo o exame, a consequência indeclinável será um juízo também negativo, quanto à que constitui objeto do pedido. O provimento jurisdicional será obviamente rejeitando a pretensão do autor, pois fundada em relação jurídica que se proclamou inexistente. Sentença de mérito, por conseguinte.

Assim, por exemplo, se alguém pleiteia alimentos, com base em relação de paternidade, e essa é negada, o juiz haverá de reconhecer que não tem direito a alimentos, por ausência do vínculo jurídico que, somado à necessidade do alimentando e à possibilidade do alimentante, ensejaria seu surgimento. O autor não faz jus aos pretendidos alimentos e seu pedido haverá de ser rejeitado, com a improcedência da ação. A sentença reconhecerá inexistente a obrigação alimentar por parte do réu.

De modo idêntico, na ação pretendendo recebimento de aluguéis, que supõe a existência da locação, ou na de cobrança de juros, fundada em mútuo, para dar mais dois exemplos, comuns na prática judiciária, em que mui-

tas vezes se afirma a carência, por ter sido negada a relação condicionante. Em todos esses casos o pedido foi examinado e rejeitado. O autor não tem direito a perceber aluguéis ou juros pelo motivo mais forte que pode haver: não ter dado bem em locação, nem contratado empréstimo.

Na jurisdição trabalhista, impropriedade análoga vem ocorrendo e, ao que parece, em grau ainda maior, a propósito do julgamento de reclamações, em que se reconhece a inexistência da relação de emprego<sup>5</sup>. Deduzida pretensão fundada nesse vínculo, será ela rejeitada, exatamente porque se reconhece e declara a ausência do liame laboral afirmado pelo reclamante. O pedido foi examinado, a lide decidida. Julgamento de mérito e, por isso, de improcedência.

4 Mais comum ainda é concluir-se pela carência, em virtude de se haver reconhecido simplesmente a inexistência do título em que o autor funda seu pedido. Lembre-se uma hipótese, pela freqüência com que ocorre: a renovatória de locação.

A jurisprudência costuma distinguir. Se o locatário não preenche os pressupostos estabelecidos em lei, de cuja realização depende o direito de obter a renovação compulsória, será julgado carecedor da ação. Improcedência só haverá, segundo esse entendimento, quando acolhido o pedido de retomada formulado pelo réu-locador. Significa isso — o que não se pode mais discutir em face do Código de Processo Civil — que só nesse último caso teria havido julgamento do mérito.

Entre as obras que trataram do tema, sobreleva o trabalho clássico de **Alfredo Buzaid**. Cuida ele explicitamente, em numerosas passagens, de duas possibilidades. Poderá o juiz declarar “o autor carecedor da ação, por não concorrerem os requisitos reputados essenciais à sua propositura” ou reconhecer o direito de retomada do locador. No segundo caso, o pedido seria legítimo, mas cede em virtude da exceção apresentada pelo réu<sup>6</sup>.

5 A propósito, vale consultar o seguinte trabalho: OLIVEIRA, Milton Moreira de. Inexistência da relação de emprego: carência ou improcedência da ação? *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, Uberaba, n. 42, p. 57-86, abr./jun. 1984.

6 BUZOID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1988. 2v. 725p. p. 353.

Considerar a hipótese como de carência, importando admitir-se não ter havido exame do mérito, é, **data venia**, inaceitável.

A chamada “Lei de Luvas” criou para o locatário o direito à renovação do contrato, desde que atendidos determinados requisitos, estando a matéria, hoje, regulada pelo artigo 51 da Lei n. 8.245/1991. O surgimento desse direito condiciona-se, obviamente, a que sejam realizados os pressupostos legalmente estabelecidos. Entre outras exigências, necessário que o contrato, ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos não seja inferior a cinco anos e que o locatário esteja a explorar o mesmo ramo de comércio pelo prazo mínimo de três. Não se concretizando tais pressupostos, em relação a determinado inquilino, não terá direito à renovação. A questão não é de direito processual, mas material. O direito à renovação compulsória do contrato só existirá se realizados os requisitos constantes da disposição legal que o prevê.

Pretendendo o locatário obter a renovação compulsória do contrato, deverá o juiz, obviamente, verificar se a isso tem direito. Concluindo pela ausência de alguma das exigências estabelecidas em lei, como o de a locação ser por prazo inferior a cinco anos, por exemplo, a pretensão será negada. Não assiste ao locatário o direito, cujo reconhecimento postulou. E, ao assim decidir, terá julgado a lide posta na inicial. A decisão é de mérito. De improcedência, pois, e não de carência.

Interessante consignar que **Buzaid**, após arrolar os “requisitos essenciais à propositura da ação”, previstos nos artigos 2<sup>a</sup> a 5<sup>a</sup> do Decreto n. 24.150, que então regulava a matéria, acrescenta:

“Tais são os fatos jurídicos, que a doutrina denomina *constitutivos*, porque, segundo o direito material, eles dão vida a uma vontade concreta de lei e à expectativa de um bem, servindo outrossim, para identificar a relação litigiosa; são precisamente circunstâncias, cuja função específica consiste em gerar determinado direito; por isso o ônus de sua afirmação e de sua prova incumbe ao autor”.<sup>7</sup>

Se os fatos jurídicos são constitutivos do direito do autor, se são aptos a “gerar determinado direito”, parece claro que a sua falta conduz a que aquele não exista. Não chegando a constituir-se o direito à renovação, por não concorrer um dos requisitos previstos em lei, a hipótese não é de carência, mas

<sup>7</sup> Op. cit. p. 357.

de improcedência. A sentença que, por não existir o direito, desacolhe a pretensão, põe fim ao processo com exame do mérito<sup>8</sup>.

5. De todas as hipóteses, entretanto, a mais freqüente e, talvez, mais propiciadora de equívocos é a que diz com a chamada legitimidade para causa, seja ativa, seja passiva.

Vale insistir, uma vez mais, no que já ficou dito desde o início. Poder-se-á, doutrinariamente, discutir a propósito do conceito que pareça mais acertado. Entretanto, se se cogita de construir doutrina com base na lei vigente, não há como fugir a um ponto fundamental: carência de ação só se verifica se a extinção do processo se der sem julgamento do mérito. E a legitimidade para a causa há de ser estranha a ele, como expresso no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

A doutrina de **Liebman**, que inspirou nossa lei processual, não deveria conduzir a outro resultado, embora isso nem sempre se patenteie na obra de seus seguidores. Condições da ação são aquelas que hão de concretamente existir para que se possa obter seja examinada uma determinada pretensão. Ausentes, aquilo que é postulado não merece sequer julgamento.

Se assim é, evidencia-se indispensável, ao se procurar conceituar a legitimação para a causa, levar-se em conta, ao menos em face de nosso Direito, que não poderá abranger situações que digam com o mérito. Isso, entretanto, não tem ocorrido. Bem ao contrário.

6. Quando se cuida de legitimidade ativa, ter-se-á em consideração o que estabelece o artigo 6<sup>o</sup> do CPC. A parte será ilegítima, salvo exceções expressamente estabelecidas em lei, quando postule em juízo direito alheio.

Assim, faltarão legitimidade ao pai que postule judicialmente a separação de um filho<sup>9</sup>. Ou que, por considerá-lo negligente na administração de seus negócios, intentasse ação, tendente a cobrar dívidas de que o filho seja credor. Raras, por certo, tais situações, o que não é de se admirar. Não seria de esperar que tal anomalia — alguém defender direito de outrem — se apresentasse com freqüência.

8 Cumpre notar que **Buzaid**, embora afirmando seguidamente que os requisitos previstos em lei para que se possa ter direito à renovação compulsória constituam condições da ação, da sua falta resultando a carência, em pelo menos uma passagem de sua obra afirma que o não-atendimento à exigência de exploração ininterrupta, por um triênio, do mesmo ramo de comércio, conduz à improcedência (*op. cit.* p. 235). E em outra, a propósito da mesma questão, consigna que, evidenciada a ausência do elemento em exame, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, com base no artigo 330. I, do CPC (*op. cit.* v. I, p. 297). Esse dispositivo refere-se a julgamento de mérito.

9 O exemplo é de: **PASSOS, Calmon. Comentários ao Código de processo civil: Lei n. 5.869, de 11 de 1973.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, [1974-198-2]. v. 3. p. 209.

Mais comum, entretanto, surgir a questão naqueles casos em que se pretenda haver legitimação extraordinária, ou seja, quando se invoque a exceção contemplada no citado artigo 6º.

As inovações por que tem passado nosso Direito, exatamente em relação à legitimidade ativa, ampliando notavelmente a possibilidade de substituição processual, tornaram bem mais numerosas as hipóteses em que se coloca a questão. Mais amiúde se haverá de perquirir se quem formulou a pretensão estava legitimado para fazê-lo, em indagação claramente distinta do mérito.

Nas ações coletivas, por exemplo, essa preliminar demandará, não raramente, cuidadoso exame, em virtude mesmo de o autor defender direito de terceiros. Menciono duas hipóteses, que já foram objeto de apreciação nos tribunais.

Condomínio por unidades autônomas, representado pelo síndico, intenta ação, objetivando alcançar a condenação do construtor ao pagamento de indenização, em virtude de defeitos apresentados pelo edifício, nas partes comuns e nas unidades de que são proprietários exclusivos os diversos condôminos. Discute-se sobre a legitimidade para demandar aquele ressarcimento, em relação a essas unidades. Outra hipótese interessante, já objeto de apreciação judicial, é o de a comissão de representantes, em contrato de construção por administração, pleitear a outorga de escritura de venda aos adquirentes das diversas unidades<sup>10</sup>.

Em ambos os casos, está-se diante de questão de legitimidade de parte, indiscutivelmente alheia ao mérito. Se o juiz a considerar ausente, limitar-se-á a dizer que aquele pedido não poderia ser formulado por quem o fez. Nada adiantará sobre o direito, cujo reconhecimento se pretendeu.

A questão também tem-se apresentado quando se cogita da atuação do Ministério Público, como autor, em processos civis. Debatidíssimo, por exemplo, e a matéria continua a expor-se a divergências nos pretórios, quando terá legitimidade para as ações coletivas, dizendo com direitos individuais

---

10 O Superior Tribunal de Justiça examinou essas questões:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 178.817. Requerente: Tecnopay Empreendimentos Ltda. Requerido: Condomínio do Edifício Dona Zizinha. Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2000. Diário da Justiça, Seção 1, p. 146, 3 abr. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 32.181 da 16ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 28 de novembro de 1994. Rev. do STJ, Brasília, n. 69, p. 284-302, maio 1995.

homogêneos<sup>11</sup>. Igualmente, quando se trate de ações, visando obter a condenação a indenizar de diretores de sociedades liquidadas extrajudicialmente, se já cessada a liquidação.

Nos exemplos acima fica bem claro que uma questão é a titularidade para postular em juízo a respeito de determinada lide; outra, o julgamento dessa. Desse modo, a decisão sobre a primeira não diz com o mérito. Apenas será verificado se quem formulou o pleito se acha autorizado a fazê-lo. Concluindo-se pela negativa, o pedido não será objeto de exame e o mérito, por conseguinte, ficará sem julgamento. Em tais casos, poder-se-á dizer que se está diante de uma condição da ação, pois se examina tão-só se quem deduz a pretensão em juízo tem direito a obter uma decisão de mérito.

7. No que se refere à legitimação ordinária, parecem-nos dignos de menção, pela frequência com que se apresentam, aqueles casos em que o autor se afirme parte em determinada relação jurídica e, em conseqüência, titular de um direito, e a sentença conclua que isso não ocorre. A tal conclusão será possível chegar, evidentemente, por variadas razões. Poder-se-á declarar-se inválido o título em que buscou amparo, o débito pode já ter sido pago, ser reconhecida a compensação, entre tantas outras causas capazes de conduzir a esse resultado, todas elas levando, indubitavelmente, a um julgamento de mérito. Não se questiona a legitimidade de parte. O pedido é rejeitado por se reconhecer que a relação jurídica em que busca amparo nunca existiu, ou veio a extinguir-se.

Ocorrerá, ainda, e repetidamente se verifica, em verdade, que se admita a possibilidade, em tese, de existir uma relação jurídica com os elementos daquela exposta na inicial, mas ostentando substancial diferença: uma das partes não é a ali indicada. Quando disso se trata é que costumam surgir as dificuldades.

Começemos por lembrar, a título de ilustração, um exemplo que foi objeto de milhares de pronunciamentos judiciais. Poupadores que tiveram seus depósitos bloqueados, em virtude do chamado “Plano Collor”, demandaram complementação da correção monetária aplicada a seus haveres, uma vez que, segundo sustentavam, houve incorreção, em virtude de o índice adotado encontrar-se distorcido. As instituições financeiras, em relação às quais se formularam os pedidos, defenderam-se com a alegação de que os depósitos haviam sido transferidos para o Banco Central do Brasil e esse, por conseguinte, é que haveria de responder por eventual diferença. Cumpre

---

11 A dificuldade, malgrado o disposto no artigo 82 da Lei n. 8.078/1990, está na disponibilidade dos direitos, tendo em vista o que se contém no artigo 127 **caput** da Constituição. A jurisprudência tem-se orientado por considerar o Ministério Público parte legítima quando presente o interesse social.

saber se a decisão que acolha essa defesa diz com a legitimidade para a causa, correspondendo a uma condição da ação, estranha, pois, ao mérito, ou se, ao contrário, o pleito deduzido pelo autor teria sido examinado e rejeitado, o que significa decisão de mérito.

A doutrina costuma considerar presente a legitimidade ordinária para a causa como a coincidência entre as posições de autor e réu no processo e as de sujeito ativo e passivo da relação de direito material que o autor pretende existente e com base na qual formula sua pretensão. Claro que, tratando-se de ação declaratória negativa, a questão se inverte.

Parece que outro não deve ser o entendimento. Verifica-se, importante frisar, que se requer a coincidência, não com a relação jurídica realmente existente, mas com a que se pretende existente. Em outras palavras, as posições processuais deverão corresponder à relação jurídica afirmada pelo autor. No dizer de **Barbosa Moreira**, “determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas **in statu assertionis** — isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, o que só no curso do próprio processo se apurará —, coincidem com as respectivas situações legitimantes”.<sup>12</sup>

Necessário ter-se em conta que o juiz haverá de decidir sobre a lide. E essa, purificada de suas conotações sociológicas, após a perecuziente crítica de **Calamandrei** ao conceito de **Carnelutti**, há de entender-se como aquela que, deduzida como causa de pedir e pedido, constitui objeto do processo. Como diz **Liebman**, “para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que possam ocorrer pelo mundo”.<sup>13</sup>

O pronunciamento do juiz incidirá sobre o pleito formulado pelo autor, tal esse o deduziu. Para o processo, esse e apenas esse o que existe. Cumprirá ao julgador decidir sobre um determinado pedido, vinculado a uma determinada causa de pedir. Terá, pois, em consideração a relação de direito material trazida a sua apreciação pelo autor.

Negando o juiz a existência daquela relação, em que se assenta o pretenso direito do autor, haverá de rejeitar o pedido por ele formulado. Típico julgamento de mérito.

---

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: **Direito Processual Civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 366p. p. 59.

13 LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. 227p. p. 115.

Tome-se o exemplo da cobrança de um crédito, supostamente fundado em um contrato de mútuo. Apresenta-se o autor como credor do réu, indicando, como base para essa afirmação, a existência de uma relação jurídica consubstanciada naquele contrato, cujo instrumento exhibe. No curso do processo, entretanto, o juiz verifica que, na verdade, não havia um mútuo, mas uma doação, ou conclui ser falso o instrumento apresentado. Afirmará que não existe a relação de direito material e deixa de acolher o pedido. Esse é examinado e negado. O caso é de improcedência; a decisão, de mérito.

Suponha-se, agora, uma outra hipótese. O autor se diz credor do réu, mas esse alega que não o é mais, pois teria havido cessão do crédito. Demonstrado que isso efetivamente ocorrera, indaga-se: a sentença concluirá pela carência, em virtude de ilegitimidade **ad causam** ativa, ou pela improcedência?

Na jurisprudência é comuníssima a assertiva de que o caso é de carência. A afirmação, entretanto, a nosso entender, é tão reiterada quanto, **data venia**, inexata.

Insista-se uma vez mais no ponto, que é absolutamente fundamental. A sentença julgará a lide exposta na inicial. Decidirá sobre a relação jurídica de direito material que nela se contém. Não importa, ao cogitar-se da legitimidade, como condição para o exame do mérito, quantas outras relações jurídicas existam e possam guardar algum vínculo com a que foi trazida pelo autor para a seu respeito pedir o pronunciamento da Jurisdição. Tem-se que verificar se a parte é legítima para aquela lide, a única que importa para o processo.

8. **Donaldo Armelin** deixa consignado, na introdução de sua justamente festejada obra sobre o tema, que a legitimidade “unge aquele que consta na esfera subjetiva da situação jurídica retratada na inicial, com a peculiaridade de emergir essa qualidade da própria afirmação da situação espelhada na inicial, independentemente de real existência desta”<sup>14</sup>. Ao cuidar, entretanto, especificamente, da **legitimatío ad causam** e do mérito, afirma que em ações como a de cobrança de um crédito “haverá a possibilidade de se reconhecer a existência do direito, sem o reconhecimento de sua titularidade relativamente ao autor, quando, então, a legitimidade, embora apreciada na mesma oportunidade do exame do mérito, resulta ausente sem afetar a existência do direito, vinculado a outro titular, tal como emerge da decisão judicial”<sup>15</sup>.

14 ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979. 191 p. p. 2.

15 *Op. cit.* p. 114.



Ora, uma relação jurídica só existe se tiver objeto e partes. Se alguém se pretende credor de outrem e o juiz verifica que isso não é verdade, que não estão eles realmente ligados pelo vínculo indicado, a conclusão inelutável é a de que não existe a pretensa relação jurídica de direito material. Significa nada, para aquele processo, que possa existir o vínculo indicado, mas entre o autor e um terceiro. Releva que não há a relação que serve de base ao pedido. Se existe, com alteração de uma das partes, será, em realidade, uma outra relação que poderá ser objeto de processo distinto. O que importa para o processo efetivamente instaurado é que não há a relação apontada porque a parte indicada como devedora — ou credora, se o caso — não detém essa condição. Nem nos parece possível, com a devida vênia, decidir a respeito de pretensão que não foi formulada, como seria a sentença que julgasse ser outro o titular do crédito. O mais que se pode estabelecer é que dele não é titular o autor.

9. **Dinamarco**<sup>16</sup> critica enfaticamente a doutrina, que ele próprio denomina “teoria da asserção”, mas, a nosso sentir, sem razão. Não se trata de mudar-se a natureza da sentença, que seria terminativa, para sentença de mérito, em função do momento em que proferida. Não se cuida de estarem as condições da ação corretamente expostas na inicial e só depois se verificar que elas não estão realmente presentes. Se alguém se apresenta em juízo, afirmando ser titular de um direito e, no curso do processo, fica demonstrado que, em realidade, não é parte naquela relação jurídica, a consequência será sempre a improcedência, não importa em que momento processual isso seja reconhecido.

Nem podemos concordar com o exemplo dado por aquele eminente processualista, quando exemplifica com a ação de despejo movida a quem não é inquilino. Assevera que, em tal caso, “o réu é parte ilegítima e o autor carece de ação, indiferentemente do momento processual em que a falta de legitimidade é reconhecida pelo juiz”. Com a devida vênia, se inexistente a relação material em que se funda o autor — no caso, o vínculo locatício — não é ele titular do direito afirmado e o caso é de improcedência.

Importante acentuar que a questão não reside em descobrir-se mais cedo ou mais tarde que as partes não são os sujeitos da relação de direito material afirmada. Está ela em que sobre a relação afirmada é que decidirá o juiz e se o fizer negando sua existência, haverá de, forçosamente, negar o

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2. p. 313-315.

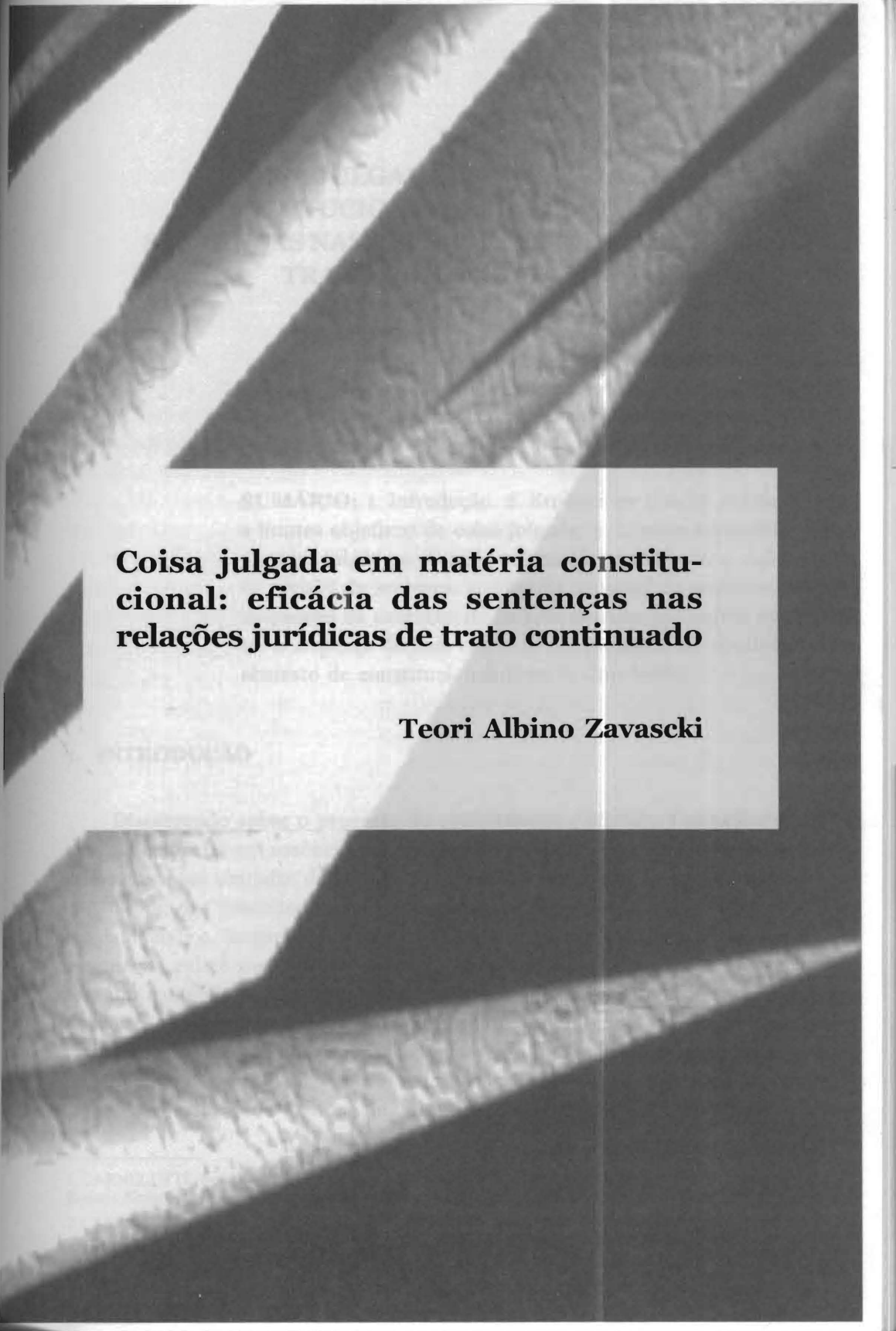
pedido nela fundado, proferindo, pois, sentença de mérito. E quando, em ação de despejo, se diz que o réu não é locatário, nega-se a relação de direito material. O pedido de despejo será negado.

10. Note-se que, em certas circunstâncias, se estará diante de situação no mínimo curiosa. No início desse trabalho fizemos referência à rejeição da pretensão alimentar por ter-se como demonstrado que o réu não estaria obrigado a prestar alimentos por não ter, com o alimentando, vínculo de parentesco que o justificasse. Tomemos, agora, a ação de investigação de paternidade. Concluindo-se que o réu não é o pai do autor, a sentença será de improcedência. Entretanto, a admitir-se a tese de que importa para a **legitimatio ad causam** não a relação afirmada, mas a que verdadeiramente exista, caso seria de carência. Não haveria, então, hipótese de improcedência da investigatória. Ou seria procedente, ou o autor dela carecedor, uma vez que em relação a alguém existirá o vínculo de paternidade.

Não se argumente com o fato de que, na investigatória, se estaria diante de matéria a ser deslindada após produção de provas. Isso em nada afeta a natureza da sentença. Se o tema não dissesse com o mérito, não seria em virtude de ter sido necessária instrução que se modificaria a natureza da matéria decidida. O que importa é saber se o julgamento incidiu sobre a lide, ou limitou-se a questões de índole processual.

Encontra-se na doutrina, é certo, a afirmação de que seria de mérito a decisão pertinente à legitimação, quando dependesse da prova produzida no processo. Tratando-se de legitimação ordinária, isso é verdade apenas no sentido de que, se a instrução demonstra que o autor ou o réu não são as partes da relação de direito material exposta, a sentença a ser proferida será de mérito. Isso mesmo o que vimos afirmando. Não significa que a natureza da decisão se modifique por esse fato.

Observe-se, por fim, que, na legitimação extraordinária pode ser necessária a prova de que o pretense legitimado efetivamente está autorizado a propor a ação. Tome-se a ação revocatória na falência. Qualquer credor está legitimado para ajuizá-la, se o síndico não o fizer no prazo previsto em lei. Para isso será indispensável a prova de que realmente é credor. Faltando essa, será proferida sentença terminativa. Nada será decidido quanto ao mérito. O juiz se limitará a dizer que quem se apresentou como legitimado em realidade não o era. A circunstância de não se ter feito a prova necessária em nada altera a natureza da sentença.



**Coisa julgada em matéria constitu-  
cional: eficácia das sentenças nas  
relações jurídicas de trato continuado**

**Teori Albino Zavascki**

# COISA JULGADA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL: EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO

**Teori Albino Zavascki**

Ministro do STJ

Mestre em Direito Processual Civil pela  
UFRGS

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Espécies de relação jurídica e limites objetivos da coisa julgada. 3. Limites temporais da coisa julgada e cláusula **rebus sic stantibus**. 4. Ação de revisão da sentença. 5. Eficácia temporal da sentença e suspensão da execução da lei pelo Senado. 6. Conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida em controle abstrato de constitucionalidade. 7. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

Discorrendo sobre o processo de conhecimento, afirmou **Carnellutti** que ele consiste, em essência, na verificação de dados de fato e de direito relevantes para um juízo de certeza a respeito de determinada relação jurídica, “isto é, dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência”, e, “segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe”<sup>1</sup>. Toda sentença, conseqüentemente, tem um conteúdo declaratório, uma “declaração de certeza”, consistente “na declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico”<sup>2</sup>. Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de **Pontes de Miranda**: “nas ações de cognição (...) há

---

1 CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. v. 1, p. 68.

2 CARNELUTTI, **op. cit.**, v. 1, p. 69.

enunciados sobre incidência (toda a *aplicação* da lei é enunciado sobre incidência)”<sup>3</sup>.

Compõem, assim, a função jurisdicional cognitiva as atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, e que consistem, essencialmente, em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença, identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).

Ter presente essa realidade é fundamental para o estudo da eficácia da sentença e da coisa julgada no tempo: a declaração de certeza e a norma jurídica concreta, contidas na sentença, são resultado de um juízo que leva em consideração os pressupostos de um específico fenômeno de incidência, ou seja: (a) um comando normativo e (b) uma situação de fato, tais como delineados no momento em que a sentença foi proferida. Mais: conforme assinala **Barbosa Moreira**, “na sentença (...) formula o juiz a norma concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento. Essa norma jurídica concreta, enquanto referida *àquela* situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinidamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra norma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida”<sup>4</sup>.

Ocorre que o fenômeno da incidência nem sempre é instantâneo (ele pode ter por base um fato jurídico ou uma situação de direito com caráter permanente), e nem sempre se esgotam imediatamente os efeitos da norma jurídica concreta dele eventualmente nascida. Não raro, eles têm aptidão

3 MIRANDA. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Tomo 9, p. 27.

4 MOREIRA. José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 32, p. 41-60, mar./abr. 1982.

para se projetar no futuro, para além, inclusive, do momento da sentença que os apreciou, e, por isso mesmo, podem sofrer mutações ou extinguir-se com o passar do tempo. Daí o surgimento do tema, de que ora nos ocupamos, da eficácia temporal da sentença, cujo cerne está em investigar, em face da natureza dinâmica dos fatos e do direito, os limites futuros da força vinculante (coisa julgada) da declaração de certeza emergente dos julgados.

No que se refere especificamente às demandas que envolvem matéria constitucional, há um ingrediente suplementar nessa discussão: o do possível conflito entre o comando vinculante da sentença dada em caso concreto e o superveniente comando, igualmente vinculante, proferido em ação de controle abstrato de constitucionalidade dos preceitos normativos. É que, em nosso sistema, paralelamente à função cognitiva ordinária (que, como se viu, leva em consideração um específico fenômeno de incidência), há a atividade jurisdicional, desenvolvida originariamente perante o Supremo Tribunal Federal ou os tribunais de justiça, consistente em fazer juízo de certeza apenas sobre a validade ou não de uma norma jurídica abstratamente considerada. Não se descarta, assim, especialmente quando se cuida de relação jurídica de trato diferido no tempo, a ocorrência de conflitos entre a “declaração de certeza” da sentença proferida em caso concreto e a “declaração de certeza”, em sentido oposto, emanada em juízo abstrato de constitucionalidade, mas com eficácia vinculante **erga omnes**. Situação semelhante pode ocorrer quando o Senado suspende, nos termos do art. 52, X, da Constituição, a execução de preceito normativo julgado inconstitucional pelo STF. A eficácia **erga omnes** da suspensão repercute em domínio jurídico que pode ter sido objeto de sentença em caso concreto, impondo-se, aqui também, a busca de soluções harmonizadoras.

## 2. ESPÉCIES DE RELAÇÃO JURÍDICA E LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. *Instantânea* é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. É instantânea, assim, no campo tributário, a relação obri-

gacional de pagar o imposto de transmissão em face da venda de determinado imóvel. Define-se como *permanente* (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio-doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborativas normais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma natureza é a obrigação de pagar alimentos, que tem suporte fático desdobrado no tempo, consistente na insuficiência econômica e financeira do alimentando e na capacidade econômica e financeira do alimentante (Código Civil, art. 400). Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a *sucessiva*, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salário ou o sobre o seu faturamento.

Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado **status** jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação do serviço pelo servidor: sem a ocorrência desse, não existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. No exemplo dado, o sujeito ativo, para fazer jus ao pagamento da prestação mensal, além de exercer efetivamente suas funções naquele período (fato gerador instantâneo e imediato), tem de ostentar também o **status** de servidor público legitimamente investido no cargo (fato gerador permanente e mediato).

Há certas relações jurídicas cujos efeitos são desdobrados no tempo, mas que não se confundem com as relações jurídicas permanentes nem com as sucessivas. A relação decorrente de um contrato de mútuo a prazo é, por natureza, instantânea, já que o fato gerador (o contrato) foi instantâneo, embora sua execução — o pagamento das prestações — seja diferida no tempo, segundo a vontade das partes. Da mesma forma, a relação previdenciária de aposentadoria por tempo de serviço tem diferida no tempo, por imposição da lei, a prestação de pagar proventos, mas o fato gerador, consistente em determinado número de anos de trabalho ou de contribuição, já se encontra inteiramente consumado. Por isso mesmo, nesses casos, tendo ocorrido o fenômeno da incidência sobre suporte fático completo e acabado, a subsistência dos efeitos (a obrigação do mutuário e da instituição previdenciária) independe da *continuidade do fato gerador* (ao contrário do que ocorre nas relações permanentes) ou da *repetição do fato gerador* (ao contrário do que se passa com as relações sucessivas).

Ora, a sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentados pelas partes. Considerando a natureza permanente ou sucessiva de certas relações jurídicas, põem-se duas espécies de questões: primeira, a dos limites objetivos da coisa julgada, que consiste em saber se a eficácia vinculante do pronunciamento judicial abarca também (a) o desdobramento futuro da relação jurídica permanente e (b) as reiterações futuras das relações sucessivas. A resposta positiva à primeira questão suscita a segunda: a dos limites temporais da coisa julgada, que consiste em saber se o comando sentencial, emitido em certo momento, permanecerá inalterado indefinidamente, mesmo quando houver alteração no estado de fato ou de direito. Ambas as questões, no fundo, guardam íntima relação de dependência, conforme se verá.

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra geral é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro. É o que demonstrou **Carnelutti**, em passagem didática sobre o confronto que, no particular, se estabelece entre norma abstrata e norma concreta: “No que diz respeito à lei, já observei que ela, em princípio, regula somente os fatos que ocorrerem depois de ela adquirir eficácia (...). Este é precisamente o princípio de sua



*irretroatividade*, que disciplina o fenômeno da sucessão de (várias) leis no tempo. Quando, porém, (por exceção), disciplina efeitos de fatos já consumados, a lei se diz *retroativa*. Com a sentença ocorre normalmente o contrário, dado o seu caráter de comando concreto. O juiz, ao decidir a lide, define, em regra, os efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por acontecer. Ao princípio da *irretroatividade da lei* corresponde o da *retroatividade da sentença*. Porém, como a *irretroatividade* para a lei, também a *retroatividade* para a sentença, é um princípio que sofre exceções: isto ocorre quando o juiz disciplina os efeitos ainda por acontecer de fatos já passados; nesses casos, não seria exato falar de *irretroatividade*, que é noção negativa apta a excluir a eficácia do comando a respeito de fatos passados, convindo ao invés enfatizar que a sentença vale também a respeito de fatos futuros”<sup>5</sup>.

A exceção referida por **Carnelutti** diz respeito apenas aos efeitos futuros de relações jurídicas instantâneas (“efeitos ainda por acontecer de fatos já passados”). Outras exceções podem ser referidas: (a) a dos desdobramentos futuros da relação permanente e, em certas situações, (b) a de reiterações futuras de relações sucessivas. Exemplos da situação (a) são as sentenças que, reconhecendo a necessidade do alimentando, impõem o pagamento de pensão alimentícia, ou daquelas que, em face da incapacidade temporária do segurado, reconhecem devido o benefício previdenciário de auxílio-doença. Nos dois casos, a condenação de pagar parcelas futuras tem por pressuposto lógico, não um fato que se esgotou no passado, mas um fato que se desdobrará no tempo, podendo perdurar no futuro.

Quanto às relações jurídicas sucessivas (situações (b)), a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Isso se deve à própria natureza da função jurisdicional, que, conforme se viu, tem por matéria de trato os fenômenos de incidência das normas em suportes fáticos presentes ou passados. O campo do direito tributário é fértil nessa discussão, sendo no sentido acima indicado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Elucidativa desta linha de pensar é a Súmula 239, segundo a qual “decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. A mesma orientação norteou os precedentes em que ficou assentado que “a

---

5 CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni del Diritto Processuale Civile*. Pádua: Ed. Universitária. 1926. v. 4. p. 438.

declaração de intributabilidade, no pertinente a relações originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros”<sup>6</sup>. Assim, “a coisa julgada, em matéria de ICM, tem por delimitação a relação jurídico-tributária emergente da operação, ou operações, que foi controvertida e julgada no caso concreto, a teor da Súmula n. 239”, visto que, conforme enfatizou o Relator, “mesmo os fatos geradores instantâneos que ocorrem num dado momento de tempo, cada vez que surgem, dão lugar a uma relação obrigacional autônoma”<sup>7</sup>. Sua adoção deve ocorrer inclusive quando se tratar (a) de tutela preventiva ou (b) de tutela meramente declaratória, sob pena de se transformar a sentença, nesses casos, em pronunciamento sobre lei em tese. Foi o que explicitou, em precedentes do STF, o Ministro Moreira Alves: (a) “mandados de segurança preventivos, em casos dessa natureza, só podem ser admitidos quanto à relação jurídica concreta e imediata, com referência à qual há ameaça de aplicação do dispositivo. A não ser assim, ter-se-á representação de interpretação de lei em tese para determinada pessoa (...)”<sup>8</sup>; (b) “... não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento da relação jurídica no futuro, porque não é admitida pela lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> STF, RE n. 99.435, Primeira Turma, Ministro Rafael Mayer, RTJ 106:1.189.

<sup>7</sup> STF, RE n. 109.073, Primeira Turma, Ministro Rafael Mayer, RTJ 118:831. No mesmo sentido: RE n. 83.225, Primeira Turma, Ministro Rodrigues Alckmin, RTJ 83:439; RE n. 114.131, Primeira Turma, Ministro Octavio Gallotti, Repertório IOB de Jurisprudência, 18/87:251. A mesma orientação é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 47.972, Segunda Turma, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 07.10.1996, p. 37.625; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AgRg no Ag) n. 98.006, Primeira Turma, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.11.1996, p. 44.851; Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) n. 36.807, Primeira Seção, Ministro Peçanha Martins, DJ de 1<sup>a</sup>.04.1996.

<sup>8</sup> Voto proferido no RE n. 100.888, Pleno, Ministro Soares Muñoz, RTJ 111:1.306. Aqui reside, justamente, a distinção entre mandado de segurança preventivo e mandado de segurança contra lei em tese, como anotou **Hugo de Brito Machado**: “Preventivo é o mandado de segurança impetrado para proteger direito atual, resultante de fatos já ocorridos, contra ameaça de lesão. É *preventivo* porque a lesão ainda não existe. O direito ameaçado de lesão, todavia, resulta da concretização de uma situação jurídica, vale dizer, resulta da incidência, já consumada, de uma norma jurídica. Já o mandado de segurança contra lei em tese, incabível, seria aquele no qual o impetrante pretendesse uma sentença meramente interpretativa da norma jurídica cuja sentença não se consumara” (“Temas de Direito Tributário”, RT, São Paulo, 1994, p. 215-216).

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória n. 1.239-9, da 1<sup>a</sup> Turma do STF. Brasília, DF, 31 de agosto de 1988. Autor: Cooperativa de Consumo dos Servidores do DER/MG Ltda – Coopedec. Réu: Estado de Minas. Relator: Carlos Madeira. Brasília, DF, 31 de agosto de 1988. *Rev. Jurídica*, Porto Alegre, n. 159, p. 33-39, jan. 1991.

Todavia, conforme antes se demonstrou, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa situação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem, não o *fato gerador instantâneo*, mas a *situação jurídica de caráter permanente* na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. É sabido que tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nesses casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Para ilustrar o tema, convém voltar ao exemplo antes referido, do servidor público. Imagine-se sentença que reconhece ao servidor civil o direito à vantagem mensal concedida a servidor militar: o juízo de certeza acerca da existência do direito terá força vinculante não apenas sobre as prestações passadas (fatos geradores completos), mas igualmente sobre as futuras. Por quê? Porque o juízo de certeza sobre a relação obrigacional (direito à diferença de vencimentos) não teve por suporte o fato gerador instantâneo (efetiva prestação do trabalho em determinado mês), mas a situação jurídica duradoura na qual tal fato está inserido: a condição do credor de servidor público civil.

No domínio fiscal, esse tema, ainda hoje controvertido<sup>10</sup>, já se fazia presente nos precedentes que deram origem à Súmula n. 239 do STF. Num deles, o voto de Castro Nunes, depois de asseverar que a coisa julgada “se terá de limitar aos termos da controvérsia”, observou: “mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança”<sup>11</sup>. Em julgado posterior o Ministro

<sup>10</sup> MACHADO, *op. cit.*, p. 210.

Rafael Mayer defendeu orientação semelhante: “...se a decisão se coloca no plano da relação de direito tributário material para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obriga o sujeito passivo, então não é possível renovar a cada exercício o lançamento e a cobrança do tributo, pois não há a precedente vinculação substancial. A coisa julgada que daí decorre é inatingível, e novas relações jurídico-tributárias só poderiam advir da mudança dos termos da relação pelo advento de uma norma jurídica nova com as suas novas condicionantes”<sup>12</sup>.

Em nosso entender, também nessa matéria tributária a eficácia prospectiva do julgado pode ser sustentada, sem que venha a configurar julgamento sobre a norma em tese ou sentença com efeito normativo, justamente nisto: em ter a sentença lançado juízo de certeza sobre determinada situação jurídica, concreta e presente, mas *de caráter duradouro*, como a que diz respeito à natureza das atividades ou ao **status** fiscal do contribuinte, situação esta na qual se inserem os elementos próximos da obrigação tributária e o das semelhantes relações jurídicas tributárias sucessivas. Os exemplos esclarecem o que se afirma: se uma sentença reconhece que determinada empresa tem natureza jornalística e que, por isso, é imune a tributos o periódico por ela publicado, a declaração de certeza, embora solvendo controvérsia que tem por causa próxima uma exigência concreta e atual do Fisco, abrangerá não apenas as publicações já realizadas, senão também as futuras, uma vez que a controvérsia real, enfrentada e resolvida, foi sobre uma situação jurídica de caráter duradouro, o **status** fiscal do contribuinte. O mesmo ocorre quando a sentença declara, por exemplo, que as atividades de prestação de serviço de determinada empresa estão sujeitas à contribuição social: dispondo ela sobre uma situação jurídica duradoura, relacionada com o **status** fiscal, sua eficácia será também prospectiva, para além dos estritos limites do valor da prestação mensal.

---

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Petição n. 11.227, Relator Castro Nunes, 5 de junho de 1944. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 551, out. 1945.

12 Voto proferido como Relator no RE n. 93.048, Primeira Turma, RTJ 99:419.

### 3. LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA E CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo **ad quem** de tal eficácia. A solução é esta e vem de longe<sup>13</sup>: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da *cláusula rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do **status quo** tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos à contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a sua força vinculativa, dispensan-

13 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Prieto Castro. Ed. Labor, 1936. p. 390.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: 1944. v. I, p. 355.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 25.

do o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando o tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior.

No que se refere à mudança no estado de fato, a situação é idêntica. A sentença que, à vista da incapacidade temporária para o trabalho, reconhece o direito ao benefício de auxílio-doença, tem força vinculativa enquanto perdurar o **status quo**. A superveniente cura do segurado importa a imediata cessação da eficácia vinculativa do julgado.

Nos exemplos citados, o interessado poderá invocar a nova situação (que extinguiu, ou modificou a relação jurídica) como matéria de defesa, impeditiva da outorga da tutela pretendida pela parte contrária. Havendo execução da sentença, a matéria pode ser alegada pela via de embargos, nos termos do art. 741, VI, do CPC. Tratando-se de matéria típica de objeção<sup>14</sup>, dela pode conhecer o juiz até mesmo de ofício, mormente quando se trata de mudança do estado de direito, quando será inteiramente aplicável o princípio **jura novit curia**.

#### 4. AÇÃO DE REVISÃO DA SENTENÇA

Há, porém, exceções à regra acima referida, do automatismo dos efeitos decorrentes da mudança do **status quo**. Em certas situações, a modificação do estado de fato ou de direito somente operará alteração na relação obrigacional se houver iniciativa do interessado e nova decisão judicial. Em outras palavras, assiste ao beneficiado pela mudança no **status quo** o direito potestativo<sup>15</sup> de provocar, mediante ação própria, a revisão da sentença anterior, cuja força vinculativa permanecerá íntegra enquanto não houver aquela provocação. A nova sentença terá, portanto, natureza constitutiva

14 O conceito de objeção, aqui, tem o sentido de “fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação da parte” tal como a definiu PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3. p. 254.

15 Sobre o tema:

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 5, p. 242. VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 29 e 55; LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller, 1998. v. 1, p. 30.

com eficácia **ex nunc**, provocando a modificação ou a extinção da relação jurídica afirmada na primitiva demanda. Exemplo clássico é o dos alimentos provisionais. A sentença que os fixa está sujeita à cláusula **rebus sic stantibus**, a significar que a obrigação poderá ser alterada, para mais ou para menos, ou até extinta, com a superveniente mudança do **status quo ante**. Todavia, aqui não há eficácia automática. Cumpre ao devedor dos alimentos, que teve reduzida a sua capacidade financeira, promover judicialmente a alteração da obrigação; cumpre, igualmente, ao credor, que teve supervenientemente aumentadas as suas despesas de subsistência, demandar em juízo a majoração do pensionamento. É o que prevê, expressamente, o artigo 401 do Código Civil. Enquanto não houver a iniciativa do interessado, a obrigação permanece intacta, segundo os parâmetros estabelecidos na sentença. Daí afirmar-se que, em tais casos, há direito potestativo à modificação, que deve ser exercido mediante ação judicial. São casos excepcionais, que, por isso mesmo, recebem interpretação estrita. É justamente nessas situações que será cabível — e indispensável para a operar a mudança na relação jurídica objeto da sentença — a chamada ação revisional ou ação de modificação, anunciada no artigo 471, II, do Código de Processo Civil.

Compreendida nos exatos e estritos limites acima referidos, a ação de revisão não visa anular a sentença revisanda, nem rescindi-la. Conforme observou **Pontes de Miranda**, “não há dúvida de que a ação de modificação não diz respeito à *não-existência*, nem à *não-validade* da sentença que se quer executar. Tão-somente à interpretação, ou versão, da sua *eficácia*”<sup>16</sup>. Ela tem, certamente, natureza constitutiva<sup>17</sup>, e a correspondente sentença de procedência terá eficácia **ex nunc**<sup>18</sup>, para o efeito de modificar ou extinguir, a partir da sua propositura, a relação jurídica declarada na sentença revisanda. O que se modifica ou extingue é a relação de direito material, não a sentença.

Convém repetir e frisar, todavia, que a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da ação de revisão de alimentos, destinada a ajustá-los à nova situação econô-

16 MIRANDA, *op. cit.*, v. 5, p. 199.

17 ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 281.

18 MIRANDA, *op. cit.*, v. 5, p. 200.

mica do devedor ou às supervenientes necessidades do credor, e da ação de revisão de sentença que tenha fixado valores locatícios, para ajustá-los a novas condições de mercado (Lei n. 8.245, de 1991, artigos 19 e 68). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença, conforme anteriormente assinalado.

Além da que constitui objeto da ação de revisão, é possível a existência de outras pretensões fundadas na aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** às sentenças judiciais. Qualquer controvérsia sobre a ocorrência ou a extensão da alteração do **status quo**, ou sobre as conseqüências dela decorrentes, pode provocar a iniciativa dos interessados em levar o tema à apreciação judicial. Nesses casos, todavia, a ação terá natureza e finalidade diferentes da ação revisional: não será para provocar a constituição ou a extinção ou a modificação da relação jurídica certificada judicialmente, mas para declarar que esses efeitos já foram operados pela mudança do estado de fato ou de direito. Por exemplo: revogada a lei que serviu de fundamento para a sentença declaratória da existência de obrigação tributária, e insistindo o Fisco em cobrar o tributo, assiste ao contribuinte a faculdade de demandar judicialmente a declaração de inexistência da relação obrigacional e, se for o caso, a repetição dos valores cobrados depois da revogação. Nesses casos, diversamente do que ocorreria se se tratasse de ação revisional, a sentença de procedência terá natureza declaratória ou condenatória, e eficácia **ex tunc**, a partir da modificação do estado de direito.

## 5. EFICÁCIA TEMPORAL DA SENTENÇA E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI PELO SENADO

Afirmou-se que as sentenças de mérito, no processo cognitivo, formulam juízo de certeza acerca de fenômenos de incidência de normas abstratas sobre determinados suportes fáticos, declarando, a partir daí, a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica e estabelecendo, se for o caso, as conseqüências — de condenação ou de constituição ou de desconstituição — dela decorrentes. Pois bem: em muitos casos, a questão levada a exame judicial é gerada por controvérsia a respeito da constitucionalidade ou não da norma que incide (ou que se alega incidir), de modo que o juízo acerca da incidência, no caso concreto, terá por pressuposto um juízo sobre a validade da norma em face da Constituição. Nisso consiste justamente o



controle difuso de constitucionalidade. Transitada em julgado, a sentença, também nesses casos, terá sua eficácia vinculante submetida à cláusula **rebus sic stantibus**, a significar que a relação jurídica certificada, se de trato continuado no tempo, poderá deixar de existir ou ser modificada por força de superveniente alteração no estado de direito. Ou vice-versa: poderá passar a existir, por força de norma superveniente, a relação jurídica que a sentença anterior declarou inexistente. São situações corriqueiras de mudança do estado de direito a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive os de natureza constitucional.

Há, porém, uma forma especial de “modificação do estado de direito”, típica do sistema de controle difuso de constitucionalidade. É a suspensão, pelo Senado, do preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo dispõe o artigo 52, X, da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. O instituto da suspensão foi introduzido em nosso sistema pela Carta de 1934, com a declarada finalidade de conferir eficácia **erga omnes** às decisões do Supremo, fazendo as vezes do instituto do **stare decisis** do Direito norte-americano. Esse o conteúdo essencial da suspensão da execução da norma pelo Senado: conferir eficácia **erga omnes** à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza determinado **status** jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo. Repita-se o que escreveu **Paulo Brossard**: “Ao suspender a execução da norma questionada faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular”<sup>19</sup>. “Com efeito”, explica, “entre o sistema americano do julgamento **in casu**, e o sistema europeu do julgamento **in thesi**, o constituinte de 1934, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência européia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de ‘coordenação entre poderes’, a faculdade de, em face de e com base em julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, que vincula apenas os

19 BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto”<sup>20</sup>.

Não se pode confundir o instituto da suspensão da norma com o da sua revogação. A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as conseqüências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que “suspende a execução” opera a universalização dessa conseqüência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma “revogação” **ex tunc**. Conseqüentemente, aos aplicadores do Direito já não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação a suportes fáticos que venham a ocorrer a partir da suspensão, e nem em relação a fatos ocorridos no passado. Em suma: havendo revogação, a norma deixa de incidir **ex nunc**; havendo inconstitucionalidade, a in incidência é **ex tunc**. Pode-se afirmar, portanto, que, relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu.

Examinemos as conseqüências disso em relação às sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado no tempo. A revogação da norma, já se disse, constitui alteração no estado de direito, com reflexos imediatos na relação jurídica apreciada pela sentença. Esta, daí em diante, já não terá força de “lei entre as partes”, visto que tal força estava sujeita à cláusula **rebus sic stantibus**. Assim, revogada a lei em que se baseou a sentença para declarar tributável certa atividade do contribuinte, deixará de existir, em rela-

---

20 BROSSARD, *op. cit.*, p. 61.

ção ao futuro, a obrigação tributária objeto do reconhecimento judicial. No que se refere aos casos de suspensão da execução da lei pelo Senado, as conseqüências, para o futuro, são semelhantes às da revogação: suspensão, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, a execução da lei que criou o tributo, já não mais assistirá ao Fisco o direito de exigir o pagamento, mesmo em relação ao contribuinte contra o qual haja sentença anterior reconhecendo a constitucionalidade da exação. Todavia, ao contrário do que ocorre com a revogação, a suspensão não opera uma alteração do *estado da norma* em si. Esta continua mantendo exatamente o mesmo **status** que antes detinha. A alteração que se produz é no estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração da inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pela Resolução do Senado.

Considerando que a inconstitucionalidade da norma opera efeitos **ex tunc**, surge a questão de saber se subsistirão ou se serão automaticamente desfeitas, após a suspensão pelo Senado, as sentenças *anteriores*, proferidas com base no preceito inconstitucional suspenso. Para resolvê-la é indispensável estabelecer a distinção, que é crucial, entre (a) a inconstitucionalidade da norma e (b) o efeito vinculante da declaração dessa inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, porque importa a nulidade do preceito normativo, tem eficácia **ex tunc**, como se sabe. Já o efeito vinculante do *reconhecimento judicial* da inconstitucionalidade, este decorre de um ato superveniente. Sua eficácia é também **ex tunc**, mas seu termo inicial é desencadeado pelo ato que declarou a inconstitucionalidade, e não pela entrada em vigor da norma inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade pode decorrer de ato com eficácia limitada às partes do litígio, ou de ato com eficácia geral, atingindo todos os destinatários do preceito normativo. É limitada às partes individualizadas na demanda quando o reconhecimento da inconstitucionalidade provém de sentença que julga caso concreto. É geral (**erga omnes**) quando provém da suspensão da execução da norma pelo Senado, ou de sentença definitiva proferida em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Em qualquer caso, o efeito vinculante da *declaração* de inconstitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior ao efeito da *inconstitucionalidade em si*: esta é **ex tunc**, desde a edição da norma; aquele só é vinculante a partir do ato do qual decorre, que é superveniente à norma inconstitucional<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Essa linha de entendimento norteou o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado

Ora, para que se rescinda uma sentença, não basta que ela tenha sido fundada em norma inconstitucional. É indispensável que à inconstitucionalidade se agregue um comando estatal vinculante, que declare formalmente a ofensa à Constituição e decrete a rescisão da sentença. Na situação examinada, a sentença anterior, embora fundada em preceito inconstitucional, não esteve subordinada ao comando vinculante, que lhe foi posterior, da decisão do Supremo, universalizado pela Resolução do Senado. Assim, os efeitos já produzidos pela referida sentença somente serão anulados se sobrevier comando jurisdicional específico, com efeito retroativo, a saber, uma sentença de procedência em ação rescisória.

À luz, ainda, da distinção acima estabelecida, outros pontos podem ser esclarecidos. Assim, uma sentença que, julgando o caso concreto, aplica determinada norma porque a reconhece como constitucional tem *efeito vinculante* para as partes no caso concreto, inclusive com eficácia futura, se for o caso. Se, mais tarde, sobrevier ato com efeito vinculante **erga omnes** (Resolução do Senado ou decisão do Supremo) reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo preceito, será possível afirmar que a primitiva sentença foi equivocada ao aplicar a lei (ou seja, operou contra a eficácia **ex tunc** da inconstitucionalidade), mas certamente não se poderá dizer que ela foi proferida com violação a efeito vinculante da declaração. Isso não ocorreria se a mesma sentença tivesse sido proferida *após* a Resolução do Senado ou a sentença do Supremo. Se isso ocorresse, o juiz teria operado dupla violação: a da eficácia da inconstitucionalidade em si e a do efeito vinculante da declaração.

Estabelecidos estes pressupostos, ficam mais compreensíveis as conseqüências, para as sentenças que versam sobre relações jurídicas de trato continuado, decorrentes do advento de Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma que, no caso concreto, foi aplicada pelo juiz. O que muda, com a Resolução, já se disse, não é o estado da norma em si, mas o estado do direito, que ganha, como elemento novo, o efeito vinculante **erga omnes** do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessa inovação, estabelece-se, na situação agora exami-

---

de Segurança n. 17.976, Relator Ministro Amaral Santos (julgamento de 13.09.1968), em cujo voto está dito que "a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória". Esclareceu o Ministro Eloy da Rocha, na oportunidade, que "a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeito **ex nunc**".

nada, um conflito entre a *força vinculante* da sentença do caso concreto e a *força, também vinculante*, da decisão do Supremo, universalizada pela Resolução do Senado. Qual delas deve prevalecer?

Para sustentar a prevalência da força vinculativa da sentença anterior, pode-se invocar o princípio constitucional da coisa julgada. Todavia, o argumento se mostra frágil e insuficiente quando contraposto aos que operam em sentido contrário. Com efeito, também a Resolução do Senado parte de uma decisão definitiva com trânsito em julgado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o princípio da coisa julgada não é absoluto. Conforme assinalou **Liebman**, discorrendo sobre as restrições a serem impostas à coisa julgada, “a razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela”<sup>22</sup>. Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução do Senado dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia **erga omnes**, a execução da lei criadora da exação fiscal.

Pode-se afirmar, em suma, que a Resolução do Senado suspendendo a execução de norma inconstitucional irradia seus efeitos, imediatamente, sobre as relações jurídicas de trato continuado (duradouras ou sucessivas), mesmo quando declaradas por sentença que as apreciou em demanda individualizada. Convém frisar, entretanto, que a prevalência da força vinculante da Resolução do Senado sobre a sentença do caso concreto se dá a partir da data da sua vigência, não antes. Relativamente ao ocorrido no período anterior, não havendo, à época, o conflito acima apontado, vigorou, sem empecilho, o efeito vinculante da sentença proferida na demanda particular. As situa-

<sup>22</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Limits objetivis da coisa julgada. *Revista de Direito Administrativo*, 2 573.

ções jurídicas decorrentes do seu cumprimento naquele período não são infirmadas nem anuladas automaticamente pela resolução superveniente, cuja força não é retroativa. Assim, para desfazer as conseqüências então produzidas pela referida sentença, cumpre ao interessado utilizar as vias judiciais ordinárias, nomeadamente a da ação rescisória. No exemplo dado, o contribuinte que pretender a repetição das parcelas do imposto pagas, por força da sentença, antes do advento da Resolução do Senado poderá fazê-lo desde que obtenha a rescisão da sentença que impôs o pagamento. Nada impede, todavia, que o Fisco, espontaneamente, proceda à restituição do indébito, comportamento que estará legitimado pela inconstitucionalidade da norma, reconhecida e declarada, que contamina, desde a origem, a exigência do tributo.

**Quid juris** sobre a exequiabilidade, após a Resolução do Senado, de obrigações anteriores ainda pendentes? Estaria ela assegurada pela força vinculante da sentença? Entendemos que não. Reproduz-se, na situação focada, o conflito entre a força vinculante da sentença do caso concreto e a da que decorre da decisão do Supremo e da Resolução do Senado. Entre uma e outra, mesmo que se esteja em fase de execução, a prevalência, pelos motivos antes expostos, é da segunda, que poderá ser invocada, em embargos do devedor, como causa extintiva da obrigação executada (CPC, art. 741, VI).

## 6. CONFLITO ENTRE A SENTENÇA DO CASO CONCRETO E A PROFERIDA EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O que se afirmou a respeito da suspensão da execução da norma inconstitucional por Resolução do Senado, aplica-se, **mutatis mutandis**, às sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Também elas produzem significativa “modificação no estado de direito”: delas decorre um *comando vinculante*, com eficácia **erga omnes**, a respeito da validade ou da nulidade de um preceito normativo em face da Constituição. Considerada a natureza dúplice dessas ações (Lei n. 9.868, de 10.11.1999, artigos 23 e 24), qualquer delas pode produzir ou (a) a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica (sentença de *procedência* da ação direta de inconstitucionalidade ou sentença de *improcedência* da ação declaratória de constitucionalidade), ou (b) a afirmação da sua constitucionalidade (sentença de *procedência* da ação declaratória ou de *improcedên-*

cia da ação direta). Em qualquer caso, e justamente em virtude da inovação que opera no **status** jurídico, a decisão repercutirá nas relações jurídicas continuativas apreciadas por sentença que examinou casos concretos<sup>23</sup>. É o que se verá a seguir.

Os juízos de valor sobre a validade ou a invalidade da norma em face da Constituição não têm eficácia constitutiva, mas simplesmente declaratória. Isso significa dizer que eles não operam nenhuma mudança no estado da norma examinada, que permanecerá tal como já o era: válida, se reconhecida a sua constitucionalidade, ou nula, se declarada a sua inconstitucionalidade. Sendo assim, é de se perguntar no que consiste, exatamente, a modificação, acima aludida, que decorre das sentenças definitivas nas ações de controle de constitucionalidade. A resposta é esta: a modificação que se opera, o elemento novo que é introduzido, é o *efeito vinculante* e **erga omnes** da decisão a respeito da validade da norma questionada.

Não se pode confundir, já assinalamos, (a) a nulidade ou a validade da norma com (b) o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade. São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal, ponto que aqui mais interessa. Costuma-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia **ex tunc**. A afirmação é correta, se se considera que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem. O mesmo se pode dizer em relação à declaração de constitucionalidade: sua eficácia é **ex tunc**, na medida em que se reconhece a validade da norma desde a sua edição. Todavia, quando se trata do *efeito vinculante* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem *da norma*. É que tal efeito não decorre da norma apreciada, mas da sentença que a aprecia. Sua eficácia é também **ex tunc**, mas seu termo inicial se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da norma examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999).

Assim entendido o termo **a quo** do efeito vinculante, explica-se por que as decisões tomadas em ações de controle concentrado não produzem a automática desconstituição das relações jurídicas anteriores a elas contrárias.

<sup>23</sup> CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Guiffrè Editora. 1991. p. 43.

Para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha sido ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas. O ajustamento das situações anteriores, portanto, quando a ele não se procedeu extrajudicialmente, terá de ser efetuado em processo próprio (ação desconstitutiva, anulatória ou, havendo sentença, rescisória).

No que se refere, todavia, às sentenças anteriores que tenham apreciado relações jurídicas duradouras ou sucessivas no tempo, a superveniência de decisão contrária, em ação de controle concentrado, produz, em relação ao futuro, conseqüências significativas, semelhantes às acima referidas, decorrentes da suspensão da execução da norma pelo Senado Federal. É que, a partir da data da publicação da decisão do Supremo, cuja eficácia **erga omnes** lhe outorga incontestável valor normativo<sup>24</sup>, se opera uma relevante modificação do estado de direito: a da declaração, *com efeito vinculante e erga omnes*, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito normativo. Essa modificação, embora não seja apta a desconstituir automaticamente os efeitos passados e já consumados da sentença que julgou o caso concreto, terá, certamente, influência em relação aos seus efeitos futuros. Relativamente a estes prevalecerá, em substituição ao comando da sentença anterior, o efeito vinculante da decisão proferida na ação de controle concentrado.

A essa conclusão se chega, não somente pela consideração da superior autoridade das decisões do Supremo em matéria constitucional, mas também pela natural aptidão que a elas assim se propiciará, de conferir a todos um tratamento igualitário em face da Constituição. Ofenderia o mais elementar senso de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Tribunal Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal, que é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos nas mesmas condições. Daí sustentar-se que, no conflito entre a sentença do caso concreto e a

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1.080.



proferida em ação de controle concentrado, a supremacia da segunda tem, a legitimá-la, não apenas a superior hierarquia da autoridade que a proferiu, mas também a sua aptidão para afirmar o princípio da igualdade de todos os cidadãos em face dos direitos e dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico<sup>25</sup>. Assim, portanto, a partir da data em que é publicado o acórdão do Supremo na ação de controle concentrado — esta é a data em que se estabelece o referido conflito —, o seu comando vinculante sobrepuja e substitui, para todos os efeitos, qualquer outra determinação judicial anterior em sentido contrário.

O novo estado do direito, decorrente da decisão de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, terá, como os produzidos por qualquer das outras formas (edição de nova norma, ou revogação ou suspensão pelo Senado), eficácia imediata e automática, podendo ser invocado, se não for atendido espontaneamente, como fundamento para demandas ou como objeção de defesa, inclusive na via de embargos à execução (CPC, art. 741, VI)<sup>26</sup>.

## 7. CONCLUSÕES

Em suma conclusiva pode-se, portanto, afirmar o seguinte:

a) no processo cognitivo, as sentenças formulam juízos de certeza sobre a existência ou a inexistência, ou sobre o modo de ser das relações jurídicas, e estas nascem de um fenômeno de incidência de normas abstratas sobre determinada situação de fato;

b) considerando que as normas jurídicas são passíveis de modificação ou de revogação e que os fatos, por natureza, são dinâmicos e mutáveis, todas as sentenças contêm, implicitamente, a cláusula **rebus sic stantibus**: elas mantêm seu efeito vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático com base nos quais estabeleceram o juízo de certeza;

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 138.853, Relator José Delgado. **Diário da Justiça**, Brasília, 22.03.1999. p. 58.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 159.346, Relator José Delgado. **Diário da Justiça**, Brasília, 04.05.1998. p. 110.

26 Também na Alemanha, a decisão da Corte Constitucional não opera a desconstituição das sentenças anteriores transitadas em julgado: "todavia, não é permitida a sua execução" (ZEIDLER, Wolfgang. Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Lisboa: 1985. Separada do suplemento ao Boletim do Ministério da Justiça — Documentação e Direito Comparado, p. 73).

c) as relações jurídicas podem ser *instantâneas* (= as que decorrem de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, já plenamente consumado no quando da incidência da norma), *permanentes* ou *duradouras* (= as que nascem de um suporte fático ou de uma situação de incidência que se prolonga no tempo) ou *sucessivas* (= as nascidas de situação fática complexa, para cuja composição concorrem fatos geradores instantâneos autônomos, mas inseridos e referenciados a uma determinada situação jurídica permanente);

d) a sentença sobre relação jurídica permanente deixa de ter força vinculante de lei para as partes quando ocorre superveniente alteração da situação de fato ou a situação do direito;

e) em se tratando de relação jurídica sucessiva, a sentença que lança juízo de certeza sobre a situação de caráter permanente do suporte de incidência tem eficácia prospectiva para as futuras relações semelhantes, observada a cláusula **rebus sic stantibus**.

f) nas relações jurídicas permanentes ou sucessivas certificadas por sentença, a superveniente alteração da situação de fato ou da situação de direito que serviram de pressupostos para o julgamento opera efeitos imediatos e automáticos: a sentença, em regra, deixa de ter força vinculante de lei entre as partes;

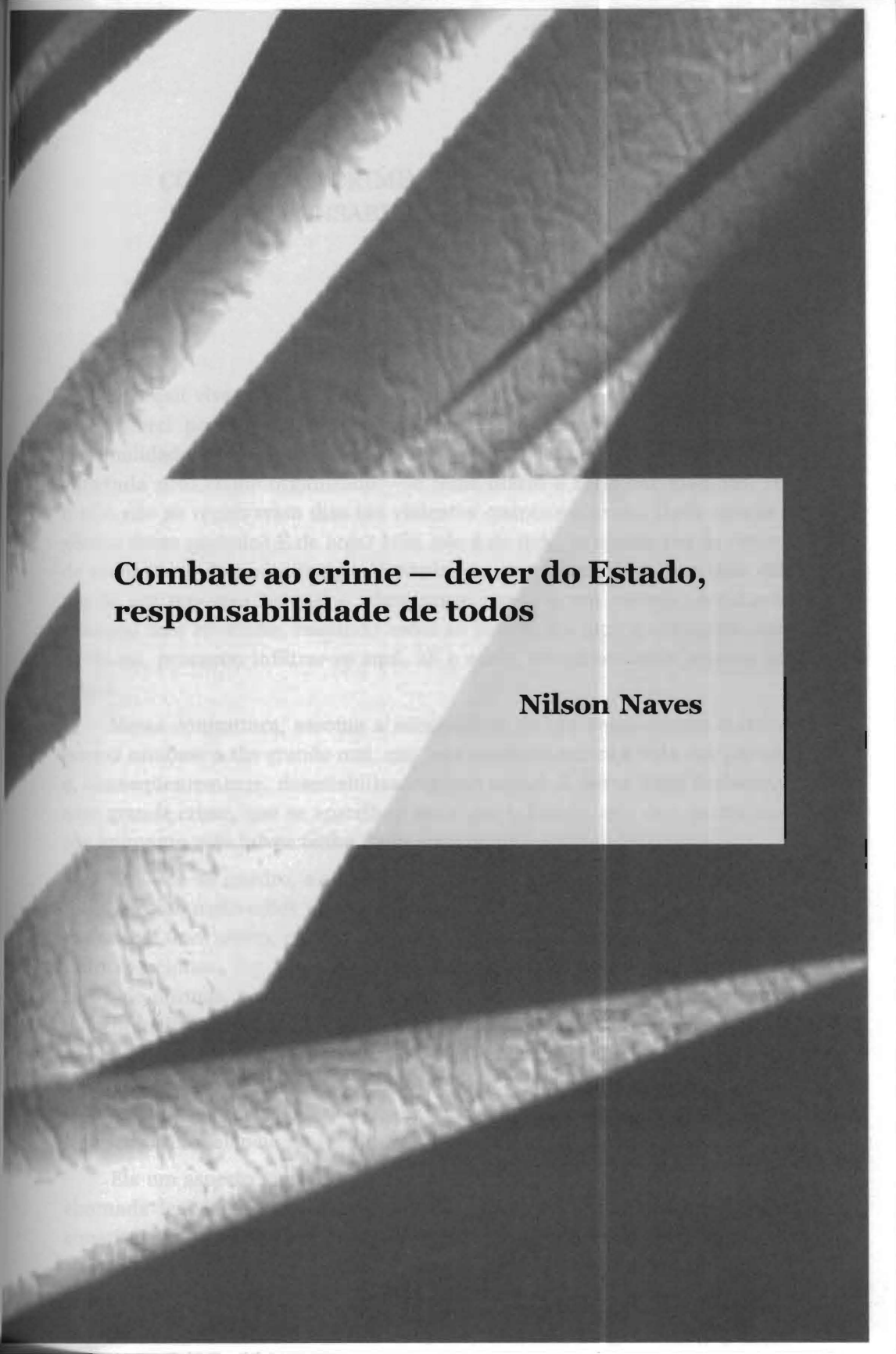
g) a exceção, quanto à imediatidade e ao automatismo dessa desvinculação, ocorre quando a lei confere ao interessado o direito potestativo de promover, mediante ação própria, a modificação ou a extinção da relação jurídica afetada com a mudança do **status quo**; nesse caso, a força vinculante da sentença anterior só se extingue ou modifica por outra sentença, proferida em ação de revisão;

h) em matéria constitucional, nosso sistema contempla duas formas especiais de “modificação do estado de direito”: a Resolução do Senado Federal que suspende a execução de preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; e a sentença definitiva, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, declarando a legitimidade ou a ilegitimidade de certo preceito normativo em face da Constituição;

i) tanto a Resolução do Senado quanto a sentença do STF têm eficácia **erga omnes** e efeito vinculante a partir da data em que entram em vigor, acarretando, com isso, modificação do **status quo ante**: embora não pro-

duzam, automaticamente, a anulação ou a modificação dos efeitos passados produzidos por sentenças em sentido contrário, prevalecem, a partir de então, para todos os efeitos e independentemente de qualquer formalidade ou sentença de rescisão ou de revisão, sobre as relações jurídicas futuras e os desdobramentos futuros das relações jurídicas de trato continuado no tempo (relações jurídicas permanentes e sucessivas);

j) a prevalência, nesses casos, do efeito vinculante **erga omnes** em relação à sentença proferida no caso concreto decorre não apenas da superior autoridade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que lhe dá suporte, mas também da afirmação, que ele enseja, do princípio da igualdade em face da Constituição, dispensando a todos um tratamento isonômico quanto aos direitos e deveres impostos pelo ordenamento jurídico.



**Combate ao crime — dever do Estado,  
responsabilidade de todos**

**Nilson Naves**

## COMBATE AO CRIME — DEVER DO ESTADO, RESPONSABILIDADE DE TODOS

**Nilson Naves**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O Brasil vive momento em que cabe aos Poderes e à sociedade de um modo geral promover o intercâmbio de idéias relativas à prevenção da criminalidade, pois, na agenda nacional, a violência por todos vivenciada — agravada pelo crime organizado — é tema diário a reclamar medidas. Há muito não se registravam dias tão violentos quanto os atuais. Onde estaria a gênese desse capítulo? É de hoje? Não, não é de hoje; as causas são de ontem, de anteontem, de muito tempo. Verdadeiramente, a sociedade tem sido vítima de um processo no qual o crime organizou-se e, em mutação constante, maquiou suas atividades, causando lesões ao Estado; e o pior: em desarmoniosa simbiose, procurou infiltrar-se aqui, ali e acolá, arregimentando agentes estatais.

Nessa conjuntura, assoma a necessidade de um engajamento coletivo para o combate a tão grande mal, que tem atentado contra a vida das pessoas e, conseqüentemente, desestabilizado a paz social. É dever ético desbaratar esse grande crime, que se aparelhou mais que o Estado, que deu quatro passos enquanto este talvez tenha dado apenas um.

Em face do quadro, a sociedade clama por providências, urgentes e efetivas, e essas motivações pragmáticas cruzam-se, há décadas, com argumentos éticos. Com efeito, existe apressada mania e malconceito de se querer a tudo solucionar, em qualquer circunstância, por meio da constitucionalização de normas, como se normas ordinárias nada resolvessem, e por meio da criminalização, aí incluídos o endurecimento das penas e o agravamento desmedido de seu cumprimento. São dois fenômenos que, se não resolvem os problemas, contribuem para agravá-los por inúmeras razões, de todos conhecidas. Uma delas é a de que, paradoxalmente, concorrem para o fortalecimento da violência ao legitimar a violência institucionalizada.

Eis um aspecto grave do problema: o crime precisa ser punido, porém a chamada legislação do “pânico”, incentivadora da crueza das penas, não constitui instrumento eficaz nessa luta. A propósito do ressurgimento do

terror penal — verdadeiro atalho para os erros do passado —, é bom que se ponderem seus efeitos. Afinal, numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode querer combater a violência do crime com a violência da lei.

Não seria uma questão de lucidez, bom senso e visão crítica entender, por exemplo, que mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo? Se fosse o contrário, a pena de morte e, quem sabe, a prisão perpétua extinguiriam o crime de uma vez por todas, o que jamais aconteceu em lugar nenhum do universo. Basta rever a história dos povos e avaliar a eficácia, ou melhor, a ineficácia da intensificação das penas: a criminalidade continuou sempre impávida e crescente.

O que se impõe, então? Antes de mais nada e com grande premência, aperfeiçoar e profissionalizar quem cuida da segurança pública — da vigilância, da prevenção e da manutenção da ordem —, “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”.

No momento, o Judiciário é também chamado a cumprir sua missão essencial de proteção total às pessoas e à sociedade, assegurando àquelas os bens da vida e afastando desta os males. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e respectivas Seções Judiciárias e os Tribunais de Justiça celebraram acordo técnico-institucional com o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, que criou instrumentos mais eficazes para a prevenção e repressão da criminalidade no País. Os magistrados federais, estaduais e os Ministros do Superior Tribunal de Justiça contam com um moderno sistema de informação *on line* sobre os crimes praticados no Brasil e no exterior. Isso agiliza, por um lado, o acesso dos magistrados às informações policiais dos suspeitos e, por outro, o acesso da Polícia Federal aos processos judiciais.

Com a mesma visão, o Superior Tribunal apresentou proposta ao projeto de reforma do Poder Judiciário mediante a qual sugere acrescentar-se ao art. 98 da Constituição parágrafo criando os juízos de instrução. Sob sua competência ficariam os crimes cometidos com alto grau de sofisticação — os de lavagem de dinheiro e aqueles contra a ordem tributária e contra o Sistema Financeiro Nacional, entre outros. Caso acolhida a proposição, tais juízos não de imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, pois evitarão a duplicidade de formação da prova, que desserve a economia processual e enfraquece a ação repressiva. Em consequência, trarão mais um lampejo de

esperança à sociedade. Não poderia ser outro o posicionamento do Superior Tribunal, por isso mesmo já reconhecido como Corte de vanguarda e Tribunal da Cidadania.

A gravidade do panorama brasileiro acabou motivando, ademais, no âmbito daquele Conselho, a criação de uma comissão composta de representantes dos Poderes Judiciário e Executivo e da sociedade civil organizada, destinada a analisar problemas relativos à lavagem de dinheiro e a apresentar sugestões para combater esse grande mal. Não é demais ressaltar que apenas oito meses mediaram a criação da comissão e a aplicação dos resultados. Agilidade é essencial, porque ágeis são os criminosos.

Em decorrência desse trabalho, os Tribunais Regionais Federais instalaram, recentemente, varas especializadas em crimes de lavagem de dinheiro — mais um emblema de que o Poder Judiciário, como Poder de Estado, está disposto a demonstrar que só a certeza da punição tem eficácia no combate ao crime. Concomitantemente — tal estará acontecendo brevemente na esfera estadual —, no âmbito do Poder Executivo, ocorreu o lançamento de um conjunto de medidas destinadas a concretizar as recomendações daquela comissão.

Como se vê, o Poder Judiciário está agindo na busca de soluções para os principais reclamos da sociedade. No entanto vive-se, no Brasil, um momento de escolha: a sociedade, pressionada pelo viés da tensão entre o discurso penal e o criminológico, está dividida. O que fazer, então, sem que o Estado deixe de exercer a sua obrigação de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio?

Em verdade, essa situação exige bons estudos e profunda meditação que sinalizem caminhos para se minimizar a chaga da criminalidade — caminhos que não podem ficar restritos a cada país, porquanto há delitos que transpõem os limites territoriais. Por isso é imprescindível que os países, juntos, procurem formas de impedir que suas fronteiras se transformem em instrumentos de proteção a delinqüentes; é essencial, também, que busquem formas de compatibilizar suas legislações, impedindo, assim, a impunidade dos criminosos.

O mundo tem pressa. Não agüenta mais a insegurança. As soluções se fazem urgentes. A hora é de trabalho. Muito trabalho. Que se lancem a ele Poderes, sociedade, organizações de todos os povos.

# **Controle externo da magistratura heterogênea**

**Domingos Franciulli Netto**



# CONTROLE EXTERNO DA MAGISTRATURA HETEROGÊNEA

**Domingos Franciulli Netto**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Desde que comecei a entender alguma coisa e até agora entendo muito pouco de tudo, sempre ensinaram-me que o Poder Judiciário está constitucionalmente estruturado para, pelo menos, ficar em absoluto pé de igualdade com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo.

Entusiasmado com o Direito Constitucional, pelas lições hauridas do constitucionalista e administrativista **José Horácio Meirelles Teixeira**, aprofundei-me, até onde minha capacidade permitiu, em alguns conhecimentos de Direito Constitucional, embora tenha lecionado Direito Civil e, acidentalmente, Processo Civil.

Guardei as postilas das monumentais<sup>1</sup> aulas desse emérito professor, proferidas na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como se verdadeiro tesouro fossem.

Escrevo “postila”, e não “apostila”, em homenagem à memória de **Rubens Limongi França**, que defendia com unhas e dentes a tese segundo a qual só se apostila em algum texto ou ato preexistente. Se tratar-se de texto original, cuida-se de postila e não apostila. Mas sobre esse ponto não vou perlongar.

O Professor **Meirelles Teixeira** sempre relutou em transformar as ditas postilas em livro, pois entendia que as poderia aperfeiçoar cada vez mais. Se não fosse isso, acrescentava que estava desencorajado de anotar as remissões a livros e editoras das lições contidas nas suas aulas, mas desafiava, com a autoridade moral que ornamentava seu caráter, a qualquer um que demonstrasse a falsidade, a inautenticidade ou a impropriedade de qualquer menção feita em suas aulas. Usava, em conversas informais, uma expressão muito em voga, dizendo que “dava um doce” a quem isso provasse, a que aduzia renunciar à cátedra e rasgar tudo o que escrevera.

---

<sup>1</sup> Não há exagero nessa adjetivação. As salas de aula ficavam superlotadas, às quais afluíam também alunos de outras séries e até de outras faculdades.

Como o mestre tombou em 12 de dezembro de 1972, sem que nenhum compêndio dessas aulas existisse, animei-me a reunir todas as suas lições enfeixadas em postilas e contei com a inestimável colaboração da constitucionalista Professora **Maria Garcia**, da PUC — SP, que organizou e atualizou o texto à luz da Constituição vigente.

Findo esse trabalho e com sucinto, mas substancioso prefácio do saudoso **Geraldo Ataliba**, a obra veio a público sob o título “Curso de Direito Constitucional”, em 1991, publicada pela Forense Universitária, com todos os direitos autorais revertidos às irmãs do Professor **Meirelles Teixeira**.

O livro obteve êxito muito maior do que o esperado, mormente nos meios jurídicos e acadêmicos. Dentre as manifestações recebidas, lembro-me da oriunda da pena do jurista **Paulo Brossard**, então em pleno exercício do cargo de Ministro do excelso Supremo Tribunal Federal, que, com seus cumprimentos, ressaltava sentir-se em situação mais confortável daí para frente, porque até então era um dos que se servia de tais postilas.

Essa digressão toda foi feita para prestar homenagem ao saudoso mestre e para explicar por que me encontro atônito com a possível instituição de um Conselho Nacional da Magistratura, com a participação de políticos (pessoas indicadas pela Câmara e pelo Senado), representantes da OAB e do Ministério Público, conquanto certa a presença nele de magistrados, em maioria, em relação aos de fora da magistratura, nos termos preconizados pelo Projeto de Emenda à Constituição (PEC) que dá nova redação ao artigo 103-B da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>.

A circunstância de estar prevista a preponderância de magistrados na composição do Conselho não tem a importância ressaltada por alguns dos

---

<sup>2</sup> Veja-se a redação do indigitado dispositivo: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo Tribunal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo Tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo Tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público Estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (...)”.

defensores da triste inovação. Basta a presença de uma única pessoa estranha aos quadros da magistratura para tornar o órgão heterogêneo; portanto, espúrio.

Em nome de uma discutível abertura democrática, não se justifica essa aberração. O melhor aprimoramento da democracia começa justamente pela imperiosa e intransigente necessidade de preservação de seus postulados básicos e fundamentais, entre os quais avulta o da separação de poderes, que não pode ser arranhado na democracia republicana presidencialista, sob pena de se não qualificar de soberano e autônomo o Poder Judiciário.

A composição intrínseca do conselho não é problema quantitativo ou proporcional, mas exclusivamente qualitativo.

Virou moda e hoje é politicamente correto para boa parte da sociedade e até de alguns membros do Judiciário defender o Controle Externo da Magistratura, até sem a reflexão que matéria tão importante está a merecer. É uma versão do politicamente correto em sentido amplo. Na última acepção, **Paulo Ferreira da Cunha**, conceituado professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em feliz síntese, diz que “o politicamente correto, que pretende elevar-se a pensamento único, é uma nova ideologia totalitária. É mais perigosa e sutil, porque não se afirma nem se pretende como tal. Não tem sede, nem partido, nem líder. É difusa, e a todos sempre de algum modo verga, numa permanente colonização cultural, impondo silêncio do que passará por inconveniente, criando tiques e reflexos condicionados que nos levarão a todos a dizer o mesmo [...]”<sup>3</sup>.

É consabido que nenhum poder é tão fiscalizado quanto o Poder Judiciário. É o único Poder que, em sua função precípua, a cada momento, a cada dia, em cada processo, é constantemente fiscalizado. Dá-se tal fiscalização diretamente pelas partes conflituosas, sempre representadas por seus procuradores, que são os que desfrutam da capacidade postulatória; portanto, habilitados para tanto.

Cada lance em que se desenrola o processo ocorre sempre na presença dos advogados ou dos representantes do Ministério Público, os últimos como parte formal ou fiscais da lei (**custos legis**), de sorte que não há comparação com nenhum outro membro de outro poder, em termos de fiscaliza-

---

<sup>3</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Miragens do direito: o direito, as instituições e o politicamente correto**. Campinas: Millennium, 2003. p. 6.

ção pronta e imediata, com os remédios processuais postos à disposição dos interessados (recursos), sem prejuízo de eventuais representações ou reclamações.

Desse modo de pensar comunga o advogado **José Alberto Couto Maciel**, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ao testemunhar “que o Poder Judiciário é o mais fiscalizado de todos porque de cada sentença cabe recurso e outros juízes apreciam trabalho já realizado, fiscalizando o que de errado foi feito”, ao que obtemperou também que esse projetado conselho não vai acelerar em nada a prestação jurisdicional, que depende de reforma de processo judicial<sup>4</sup>.

A participação de advogados e membros do Ministério Público no referido Conselho é inteiramente despicienda, bem como de “representantes da cidadania, que nada têm que ver com a Magistratura. A meta é criar empregos. E, entre os membros magistrados, autorizaram a nomeação de juiz de primeiro grau que vai julgar seus superiores no tribunal a que pertence e que, por sua vez, são competentes para julgar e punir o juiz que os julgar. Enfim, enfiaram leigos e sargentos na corte marcial para julgarem gerais, que podem julgar o sargento. Vão bagunçar, tudo em nome da democracia”, como observa o festejado jurista Saulo Ramos.<sup>5</sup>

Conquanto sob o pálio de que se limitará esse esdrúxulo Conselho a poderes correicionais e à supervisão administrativa e financeira, não é despropositada a desconfiança de muitos no sentido de que, mais cedo ou mais tarde, poderá haver a sempre indesejável interferência no exercício da função jurisdicional propriamente dita, o que, ocorrendo, irá ferir de frente a correspectiva soberania.

O câncer e o diabo são insidiosos. Os estelionatos, não raro, são precedidos daquelas conversas ao pé-de-ouvido, as quais, no meu tempo de criança, eram chamadas “cerca-Lourenço”.

Desse temor compartilha o Desembargador **Celso Luiz Limongi**, o qual, ao assumir a presidência da Associação Paulista de Magistrados – Apamagis, em sessão realizada no dia 11 de fevereiro de 2004, teceu corajosas considerações, entre as quais alguns excertos são ora reproduzidos:

<sup>4</sup> MACIEL, José Alberto Couto. O controle externo. *Revista Jurídica Consulex*, v. 8, n. 173, mar. 2004. p. 30.

<sup>5</sup> RAMOS, Saulo. Aristóteles estava certo. *Correio Braziliense*, Brasília, 12 de fev. 2004.

“O Professor **José Eduardo Faria**, no Estado de S. Paulo, de 08.02.2004, publicou artigo em que considerava o conselho externo como forma de intimidar juízes e promotores de Justiça. Pessoalmente, não tenho a menor dúvida de que essa é a finalidade desse conselho. Não podemos esquecer-nos de que a reforma dos Judiciários da América do Sul e Caribe é patrocinada pelo Banco Mundial. **Maria Teresa Sadek**, em seu livro ‘Reforma do Judiciário’, observou essa singularidade, aliás, muito suspeita. É preciso compreender que os grandes conglomerados econômico-financeiros internacionais querem ter a certeza de que o Judiciário desses países protegerá seus interesses, caso sejam descumpridos os contratos padronizados, celebrados em benefício dessas empresas globalizadas. Caso o Judiciário não mereça tal ‘confiabilidade’, essas empresas não investem no Brasil, o que contraria frontalmente os interesses do Governo Federal. Este é obrigado a compartilhar sua soberania com forças que transcendem o nível nacional. Por isso é que o controle externo é verdadeiro instrumento de pressão política.”<sup>6</sup>

Disse mais: “Nós, operadores do Direito e comprometidos com a construção da democracia no País, não temos o direito à ingenuidade. Sabemos, de antemão, que modelos legais nem sempre são seguidos. Não podemos adotar um raciocínio linear, simplista, superficial, e acreditar que o conselho externo se limitará a funções administrativas, o que já seria muito, porque, com o poder de administrar, esse conselho adotaria manobras para estrangular a função jurisdicional. Não nos esqueçamos das palavras de um reverendo, citadas por **Stendhal**: ‘a palavra foi dada ao homem para esconder seu pensamento’. O observador atento vai notar que um quadro sombrio se avizinha. Alinhavo as seguintes razões: a) além do Conselho Externo da Magistratura, outro conselho externo, visando impedir o Ministério Público de desenvolver sua atividade típica, principalmente contra classes dirigentes; b) o esvaziamento das Forças Armadas, que chegam a reduzir as horas de expediente; c) a imprensa, hoje insolvente, a esperar de joelhos, um ‘Proer’ que lhe permita uns suspiros mais, condicionado, todavia, ao silêncio; d) o Congresso Nacional, subjugado por um Executivo hipertrofiado, que lhe

<sup>6</sup> Conforme *site* da Apamagis (Disponível em: <<http://www.apamagis.com.br/noticias/not20040212.php>>. Acesso em: 16 abr. 2004 e em transcrição no *Clipping* do STJ de 14 a 16.02.2002, p. 149).

impinge reformas, e conforma-se em ser órgão homologador das propostas do Governo; e) a suma ironia de ouvir de banqueiros rasgados elogios às políticas governamentais, enquanto quatro filiados do Partido dos Trabalhadores são expulsos e oito suspensos, como sanção à reforma da Previdência”<sup>7</sup>.

A Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB, por meio de seu presidente, desembargador Cláudio Baldino Maciel, em inúmeras oportunidades, tem repellido a presença de pessoas estranhas à magistratura no aventa-do conselho, pois o Poder Judiciário é a “última trincheira dos cidadãos contra a atuação ilegal e inconstitucional dos governos”<sup>8</sup>.

Na perspectiva desse eito, caminha o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça. Depois de repudiar esse conselho, apresentado como meio para sanar todas as eivas do Poder Judiciário, quando na realidade não passa de panacéia, “eficiente como salsaparrilha”, sua narrativa remontou à edição do Ato Institucional n. 5. Discordara da respectiva minuta o saudoso Vice-Presidente Pedro Aleixo, em face dos excessivos poderes que eram atribuídos ao Presidente da República. A cautela foi contraditada pelo Ministro da Justiça com a observação de que o Chefe do Governo era um homem justo e comedido. A resposta do grande jurista entrou para a história: “Não temo o presidente; mas o inspetor de quartirão”, a que se seguiu o epílogo seguinte: “Vale, aqui, parodiar o ensinamento de **Pedro Aleixo**. Em verdade, quando se trata de patrulhar magistrados, o vigarista de corrutela preocupa mais do que o controlador oficial. Não tenho dúvida: o controle externo do Poder Judiciário instalará no Brasil o império da extorsão e do estelionato forenses”<sup>9</sup>.

Nessa vereda, adverte com propriedade o respeitado ensaísta **Gilberto de Mello Kujawski** que “o controle externo tanto do Judiciário como do Ministério Público vai converter-se, fatalmente, num instrumento de pressão e coação externas, pesando sobre a soberania do primeiro e a independência do segundo. O controle externo significará, na prática, a politização do Judiciário e do Ministério Público, a serviço dos interesses do poder e dos poderosos”. Aduz mais adiante que “o controle externo do Judiciário seria

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.150 et seq.

<sup>8</sup> MACIEL, Cláudio Baldino. *Revista Jurídica Consulex*, v. 8, n. 173, mar. 2004. p. 33.

<sup>9</sup> BARROS, Humberto Gomes de. Controle externo, império da extorsão. *Correio Brasiliense*, Brasília, n. 14.645. 23 jun. 2003. Caderno Direito e Justiça, p. 1.

arma imbatível na obstrução das investigações sempre que isso interessasse ao governo, ou mesmo ao Legislativo”<sup>10</sup>.

No tópico “O Controle da Justiça e da Magistratura”, de sua respeitada obra, disserta o renomado Professor **Cândido Rangel Dinamarco** que o ponto polêmico é o da composição desses conselhos disciplinares e correicionais. Elucida ainda que, na Itália e na França, existem os conselhos superiores da magistratura de formação extremamente heterogênea, ou seja, com pessoas de dentro da magistratura e de fora dela. Adverte, contudo, que “tais sistemas não têm produzido bons resultados e a opinião generalizada é de que eles acabaram por ser uma amarga decepção (**Luiz Flávio Gomes**). Os conselhos acabam por ser verdadeiros órgãos do Governo dentro da magistratura, influenciando indevidamente no recrutamento e promoção de juízes, desfigurando julgamentos em matéria disciplinar segundo conveniências espúrias, impondo soluções de modo arbitrário e que não consultam os interesses da justiça etc.”<sup>11</sup>

Desaconselha o jurista guaratinguetaense, discípulo de Enrico Tullio Liebman, a introdução em nosso País desse esdrúxulo órgão, que, na sua observação, “seria um verdadeiro cavalo de Tróia, a levar para dentro do Poder Judiciário, com poder de decisão e intimidação, pessoas sem a formação ética preponderante entre juízes, escolhidos sem uma necessária depuração e possivelmente dotados de habilidade e malícia suficientes a inquinar de corrupção os organismos cuja lisura eles supostamente viriam a controlar...”, a que acresceu ser de toda conveniência limitarem-se os órgãos censórios da magistratura exclusivamente a membros do próprio Poder Judiciário<sup>12</sup>.

O professor e magistrado paulista aposentado **Luiz Flávio Gomes** narra que, de certa feita, o Vice-Presidente do *Consejo General Del Poder Judicial* espanhol (controle externo), em entrevista, disse que esse “órgão está morto e não contribui em nada para a Justiça”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> KUJAWSKI, Gilberto de Mello. O equívoco do controle externo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 19 de fev. 2004. p. A2.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1., p. 409.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 409, et seq.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

Para demonstrar a influência política de tais controles, declina o mesmo autor fato ocorrido na França, em que o CSM francês, então presidido pelo próprio Mitterrand, fez o possível para enterrar os vários casos que visavam à apuração de responsabilidade penal dos “não-políticos”, por envolvimento com financiamento criminoso de campanha eleitoral, uma vez que os políticos haviam sido beneficiados por lei de anistia para o financiamento ilegal de suas campanhas eleitorais<sup>14</sup>.

Incluiu o acima referido penalista, em sua bem elaborada pesquisa, que, igualmente, o CSM italiano, presidido pelo Presidente da República, em 20 de novembro de 1991 (“*giorno delle vergogne*”), proibiu que se discutisse assunto relativo à independência do Ministério Público em relação ao Executivo. As investigações tinham como escopo os casos Ustica, Loja Maçônica P-2 e Gladio — Exército Secreto Anticomunista —, nos quais se procurava apurar a responsabilidade pessoal até do Presidente. Conclui **Luiz Flávio Gomes** que, impedida de discutir assuntos dessa natureza, a magistratura acabou por sofrer grave lesão em sua autonomia, o que explica que a greve dos juízes do dia 3 de dezembro de 1991 foi a mais compacta e intensa<sup>15</sup>.

É curioso notar que os catequistas do controle externo esquecem-se de elucidar que o CSM francês, de 1994 a esta parte, na prática, converteu-se em mecanismo de controle interno, consoante bem explica o magistrado paulista **Luiz Roberto Sabbato**:

“Hoje, felizmente, a estrutura do CSM na França se encontra profundamente alterada na Lei Orgânica da Magistratura Francesa, com a promulgação do Decreto n. 94-199, de 09 de março de 1994.<sup>16</sup>”

O órgão não foi extinto, mas transformou-se em mecanismo de controle interno do Judiciário, tal como as Corregedorias de Justiça no Brasil. Continuam membros natos o Presidente da República e o Ministro da Justiça, mas sem poder de voto. Os demais membros são eleitos, na forma prevista pelo referido diploma de 1994, único aspecto pelo qual o sistema disciplinar se diferencia das corregedorias brasileiras<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 82, nota de rodapé do original n. 11.

<sup>15</sup> *Id. ibid.*, p. 82, nota de rodapé do original n. 12.

<sup>16</sup> Confira-se na Internet. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Waspad/Visu?cid=98655&indice=12&table=JORF&ligneDeb=1>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

<sup>17</sup> SABBATO, Luiz Roberto. **Revista dos Tribunais**. n. 820, fev. 2004. p. 97. Judiciário — Controle externo — Aspectos constitucionais — Mecanismo admissível nos países que adotam a bipartição de poder — Inconstitucionalidade no Brasil — Experiência francesa — Origem — Evolução — Desmantelamento do Judiciário — Infiltração política — Esforço de recuperação — Brasil na contramão da história. *RT*, n. 820, fev. 2004. p. 97



O jurista carioca **Célio Borja**, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, depois de deduzir excelentes lições sobre o controle externo<sup>18</sup>, con-

<sup>18</sup> **Borja, Célio**. "A reforma do Poder Judiciário e o controle externo", Carta Mensal, v. 42, n. 498, pp. 32/34, set. 1996. As considerações do Ministro Célio Borja são as seguintes: "Vê-se que a pretensão de instituir-se um controle do Poder Judiciário a ser exercido por órgão integrado por magistrados e não-magistrados ou somente por estes últimos esbarra em duas dificuldades de ordem constitucional: a autonomia dos tribunais e o conseqüente monopólio do poder disciplinar, confiado ao segundo grau de jurisdição, e no princípio da separação de poderes, em nome do qual rompeu-se, na República, com a subordinação administrativa dos juizes ao Parlamento que lhes podia promover o *impeachment*, e ao Imperador e ao Conselho de Estado, que podiam suspendê-los das funções, à vista das reclamações dos particulares; e do governo que ministrava os meios e recursos indispensáveis ao serviço judiciário (art. 60, § 4º, III, Constituição do Império).

A fugaz experiência do Conselho Nacional de Magistratura, constituído de sete Ministros do Supremo Tribunal, mostrou que, ainda quando desajustado pela inércia dos interessados e pela cautela extrema que, então, empecnia o Ministério Público, podia-se, com pequenas providências e graças à indiscutida autoridade da Corte Suprema no meio Judiciário, impedir e corrigir pequenos e grandes males.

O controle externo confiado a não-magistrados criará, sobretudo nas instâncias menos visíveis porque menos eminentes, um ponto através do qual o Juiz terá que transacionar com o seu controlador. Para o mau juiz, isso equivalerá a um álibi, uma excusa ou incentivo à acomodação; para o bom juiz, uma cruz a mais, um outro chamamento à luta quotidiana pela manutenção da sua independência. Os que limitam o controle à atividade administrativa e financeira dos tribunais e juízos, esquecem que essa já é fiscalizada pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos internos de auditoria do Poder Judiciário. E, mais grave, não atentam para o fato de que tem sido a concessão e o suprimento de recursos e meios necessários à manutenção do serviço judiciário o instrumento preferido dos governos de todos os níveis para a captação da benevolência dos tribunais. E que foi por isso que a Justiça brasileira bateu-se pela obtenção da autonomia financeira, consistente na iniciativa legislativa nessa matéria e na prerrogativa de compor a parte que lhe toca da proposta de orçamento.

Quanto aos abusos, mais prontamente serão eliminados pela denúncia de suas vítimas e da imprensa, do que da fiscalização política de conselhos mistos que logo se burocratizam e entregam-se à modorrenta rotina e aos canais competentes.

Há quarenta e cinco anos, as mesmas questões que se discutem agora, no Brasil, eram debatidas na Assembléia Constituinte italiana. Penso que as considerações de **Carlo Giannastasio**, a tal respeito, podem ajudar-nos a encontrar a melhor solução:

'O problema da justiça, na sua organização de Poder Judiciário, apresentava-se no novo arranjo constitucional, de difícil solução. A dupla aspiração de independência da magistratura dos outros poderes do Estado e de unidade da jurisdição civil, penal e administrativa chocavam-se com situações jurídicas radicalmente constituídas e com a ciente desconfiança em relação aos juízes, difundida especialmente em alguns setores da Assembléia. Negava-se à ordem judiciária a capacidade tutelar adequada e cabalmente determinados interesses e irrogava-se ao magistrado togado não compreender as novas necessidades e praticar uma justiça de classe, precisamente daquela classe na qual ele tem origem. A essa acusação injusta, mais insinuada do que efetivamente afirmada, repetida por hábito e não com o conforto de exemplos probantes, correspondia outra, não menos infundada e arbitrária, que a magistratura, com o reclamo de independência integral do Poder Executivo e Legislativo, visava subtrair-se à necessária coordenação com os outros poderes soberanos e pretendia constituir-se em um corpo fechado a qualquer influência da vontade popular e do governo que dela emana, em uma casta cerrada, necessariamente conservadora.'

[...] 'mas, não é possível um superpoder Judiciário, cuja função consiste na aplicação da lei que, por sinal, dita as regras de hermenêutica. Não pode haver encapsulamento da Justiça em um organismo separado da vida coletiva e no qual prevaleça um espírito de parte, quando a vontade do corpo social, da qual tudo deve depender, é representada pela sujeição da magistratura à lei, compreendida, também, em tal noção a lei que dispõe sobre o recrutamento, as promoções e as sanções disciplinares dos magistrados.'" (apud **Giannastasio, Carlo**. "La magistratura". In: **Calamandrei, Piero**. "Commentario Sistemático alla Costituzione italiana". Diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 172, et seq.)

cluiu que, “no Brasil chegamos, em 1998, ao ponto que a justiça italiana buscou e não alcançou naquele momento. Alguns regressistas, entre nós, querem fazer do ponto de partida o ponto de chegada, tornando, de novo dependentes Poder Judiciário e a magistratura, que o Estado de direito tornou independentes, para que pudessem ser isentos e justos”<sup>19</sup>.

Não destoia da linha desse receio o experiente Luiz Antonio Guimarães Marrey<sup>20</sup>. Após admitir ser “legítimo o anseio de aperfeiçoar a Justiça em termos de agilidade, modernização e transparência”, adverte que “tal pretensão, no entanto, não pode servir de pretexto para uma batalha de cunho ideológico na qual as instituições democráticas e republicanas, concebidas como freio ao exercício do poder absoluto, sejam fragilizadas para facilitar o predomínio de visões autoritárias e messiânicas”<sup>21</sup>.

O interessante é notar que a independência do Poder Judiciário é ínsita ao nosso Direito Constitucional. Aliás, tal se dá desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, apenas com diferença de nomenclatura, uma vez que a esse Poder era dado o nome de “Poder Judicial” (art. 151).

Até a Carta outorgada de 1937, que, a rigor, nem Constituição é, elegia o Judiciário como poder (art. 90).

É de bom alvitre ponderar que essa independência é inata ao Poder Judiciário, aspecto, aliás, expressamente albergado na Carta Política de 1988, no Título I, “Dos Princípios Fundamentais” (art. 2<sup>o</sup>).

Refoge do campo deste trabalho maiores e mais aprofundadas cogitações. Todavia nunca se poderá esquecer que, proclamada a República, o nosso Direito Constitucional se plasmou no modelo americano, a cristalizar o princípio da separação de poderes, como, com propriedade, lembra o mestre **Meirelles Teixeira**:

“Deve-se observar, entretanto, que a Constituição norte-americana de 1787 (federativa), embora não proclamasse expressamente o princípio da separação de poderes, na realidade o adotava quase rigidamente, na organização constitucional de tipo presidencialista daquele país, e os grandes publicistas norte-americanos da época (como Jefferson,

<sup>19</sup> *ibid.*, p. 34.

<sup>20</sup> Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, cargo também ocupado de 1996 a 2000.

<sup>21</sup> MARREY, Luiz Antonio Guimarães. O controle externo da justiça. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 29 de fev. 2004. p. A3.

Hamilton, Madison, Jay etc.) desde logo o consideraram o grande princípio não escrito, o fundamento do sistema constitucional que haviam estabelecido.”<sup>22</sup>

A separação dos poderes em nossa Carta Política em vigor tem a dignidade de cláusula pétrea (art. 2<sup>o</sup>), de sorte que o poder constituinte derivado não pode arredá-lo por meio de emenda. Alberga esse modo de pensar o jurista e constitucionalista **Ives Gandra da Silva Martins**, ao prelecionar que “o constituinte nacional colocou, como cláusula pétrea, a separação de poderes, estando o art. 60, parágrafo 4<sup>o</sup>, inciso 3<sup>o</sup>, da Lei Suprema assim redigido: ‘não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação dos Poderes’”<sup>23</sup>.

No mesmo sentir, o desembargador aposentado **Francisco de Paula Sena Rebouças** doutrina categoricamente, ao asseverar que “a separação dos poderes, no Brasil, é uma cláusula pétrea, garantia constitucional inalterável (CF, art. 60, § 4<sup>o</sup>, III).”<sup>24</sup>

Nessa vereda é a dicção do Professor **Leon Frejda Szklarowsky**, ao profligar qualquer medida que possa “abolir a separação de poderes”, por ser “um ponto crítico, sacrossanto, intocável”<sup>25</sup>.

O jovem e já respeitado constitucionalista **Alexandre de Moraes** não discrepa desse entendimento. Indaga e responde com segurança que não é possível a instituição de tal controle pelo legislador constituinte derivado. A doughta lição está assim exteriorizada:

“Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado — Congresso Nacional — conceber a tarefa de criação de um verdadeiro Quarto Poder, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembléia Nacional Constituinte?”

Cremos que não, sob pena de grave ferimento a uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes. A criação de um órgão autônomo e

<sup>22</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 582.

<sup>23</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. A falácia do controle externo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 fev. 2004. p. A3.

<sup>24</sup> REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. **Fim de século e justiça**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 117.

<sup>25</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O controle externo. **Revista Jurídica Consulex**, v. 8, n. 173, mar. 2004, p. 29.

externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal, configurando-se em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão público, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições estatais, e, em conseqüência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados.”<sup>26</sup>

Preciosas e de grande atualidade as palavras proferidas pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Francisco Peçanha Martins**:

“Na crise do Estado brasileiro, difícil distinguir instituição que esteja atendendo por inteiro às suas finalidades. E, quando se fala no poder menos aquinhado da República — o Judiciário —, seria impossível obter-se melhor desempenho. Por tais razões, é até natural que se busquem soluções extravagantes, estranhas aos esforços e ao ideário de grandes brasileiros — o fortalecimento do Poder Judiciário com a sua autonomia — afinal consagrada pelo constituinte de 1988, embora ainda esteja por se concretizar na parte econômico-financeira.

Bandeira desfraldada pelo gênio da raça brasileira, o inexcusável **Rui Barbosa**, desde cedo aderimos à tese magistralmente tecida no discurso de posse no cargo de Presidente do Instituto dos Advogados, no longínquo 19 de novembro de 1914, embora próximo e atual o quadro político e as lições proclamadas. Discorreu sobre o ‘Supremo Tribunal na Constituição Brasileira’, batendo-se contra o julgamento de membros do Pretório excelso pelo Senado, nos crimes de responsabilidade, com o que, disse, aspiravam os políticos ‘colocar o Supremo Tribunal Federal num pé de subalternidade do Senado, excluindo arbitrariamente do direito comum os crimes de responsabilidade, quando cometidos por esses magistrados’. E com a exatidão dos conceitos que lhe era próprio, responde a indagações evidenciadoras do absurdo então pretendido dizendo: ‘Pois se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois se nos Tribunais é que andamos à cata de guarida para os

26 MORAES, Alexandre de. Controle externo do Poder Judiciário: inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 140, out./dez.1998. p. 59-64.

nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento e do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um desses poderes a palmaria dos Tribunais? Assim como assim, porém, não se conhece, por toda a superfície do globo civilizado, nação nenhuma, em cuja legislação penetrasse a idéia, que só ao demônio da política brasileira podia ocorrer, de criar fora da justiça e incumbir à política uma corregedoria, para julgar e punir as supostas culpas do Tribunal Supremo no entendimento das leis'.<sup>27</sup>

Imagine-se o que não diria Rui em face da tentativa de submissão do Poder Judiciário a órgão externo de controle da atuação dos magistrados, colégio de censores estranhos e aniquilador da autonomia soenhada e consagrada no art. 99 da Constituição Cidadã — 'Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.'<sup>28</sup>

É de bom conselho advertir, contudo, que há de se preservar e aprimorar, cada vez mais, a harmonia e cooperação entre os poderes, relanços que nada têm a ver com o controle externo.

Volta e meia, a resumir sábias lições prefiro transcrevê-las **in verbis**, para não correr o risco de não as externar com fidelidade. Mais uma vez faço uso desse expediente para aqui evidenciar as judiciosas ponderações de **Carlos Mario da Silva Velloso**, Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal:

“Controle externo do Judiciário, com a participação de políticos — a indicação de pessoas pela Câmara e pelo Senado terá, invariavelmente, conotação político-partidária —, somente serviria para enfraquecer o Judiciário, com prejuízo para o regime democrático, certo de que os prejudicados diretos seriam os advogados. Na sessão administrativa do Supremo Tribunal em que o tema foi ventilado, comecei meu voto dizendo que, se fosse proposto um conselho para fiscalizar a administração do Parlamento, com a participação de pessoas estranhas a este, o Parlamento certamente teria a dignidade de recusá-lo, pois há, ali, pessoas capazes, sob o ponto de vista profissional e moral, para administrá-

---

<sup>27</sup> BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: J. Aguillar. 1960. p. 568-571 et seq.

<sup>28</sup> MARTINS, Francisco Peçanha. Controle externo da magistratura: negação da autonomia do judiciário. *Revista Jurídica de Osasco*, n. 1, p. 45-49, 1994. p. 46.

lo<sup>29</sup>. O mesmo devemos afirmar. Os magistrados somos capazes de administrar a nossa casa. Fazendo-o, saberemos afastar os juízes tardinheiros e punir os que não honrarem a toga. Só precisamos de meios para isso, meios que há muito pedimos e que somente o Congresso Nacional poderá nos dar.”<sup>30</sup>

Com a posição ora adotada, em nenhum momento disse que não existem problemas no Poder Judiciário e na magistratura. Ao reverso, comungo da idéia daqueles que reconhecem que os conselhos internos fracassaram rotundamente.

Por essas razões, são absolutamente pertinentes, uma vez mais, as palavras do advogado **Saulo Ramos**, com a experiência de quem ocupou o cargo de Ministro da Justiça, vazadas nos seguintes termos:

“Os defeitos atuais do Judiciário são principalmente: demora nas decisões, dificuldades de punir juízes corruptos ou displicentes, custo elevado das demandas, sobretudo em grau de recurso para os tribunais superiores, nepotismo em alguns Estados, e a maior de todas as causas: uma legislação processual obsoleta e falta de modernização da infraestrutura dos juízes e tribunais. Conselho nenhum resolverá tais problemas. Controle externo nenhum mudará essa situação. Ao contrário: será mais um sorvedouro de verbas. A solução para essa anemia não é a camisa-de-força, mas a modernização dos instrumentos de trabalho da Justiça, em material e potencial humano, maior rigor no recrutamento via concursos, mediante remuneração adequada que atraia gente capaz, leis processuais ágeis e descomplicadas, reforma da lei orgânica (há doze anos no Congresso!), acabando com a possibilidade de empregos para parentes ou com a respectiva ‘permuta’ em cargos de confiança, alteração dos dispositivos constitucionais que permitam punição por um órgão nacional da magistratura, fora dos tribunais respectivos para evitar o protecionismo regional e, assim, criar um sistema externo disciplinar, mas pelo próprio *Poder Judiciário*, e não um Conselho de Controle com a demagogia de participação da sociedade civil, que não

---

<sup>29</sup> A OAB, ferrenha adepta do controle externo do Judiciário, defende a tese de que suas contas não devem ser fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União. No particular, remeto o leitor ao artigo escrito pelo jornalista Josias de Souza, intitulado “Controle externo na OAB dos outros é refresco”, publicado na **Folha de S. Paulo** de 23.11.2003.

<sup>30</sup> **Correio Braziliense**. Brasília: Diários Associados, 1808. Diário 13.02.2004.

tem CPF, RG, nem endereço certo, e que acabará representada pelo presidente da CUT, do MST e outros bichos que ultimamente estão doutrinando até Direito Constitucional.”<sup>31</sup>

Um conselho nos moldes preconizados pelo Superior Tribunal de Justiça, de âmbito nacional, é mais do que suficiente para o fim almejado por todos aqueles que, não desconhecendo as mazelas do Poder Judiciário (bem menores do que aquelas de outros poderes), desejam realmente a solução dos problemas, mas com amplo respeito ao Estado de Direito Democrático e ao sistema presidencialista de nosso País.

A sugestão do Superior Tribunal de Justiça, entregue ao Relator da proposta de Emenda Constitucional, no particular, é a seguinte:

“Art. (**omissis**). O Conselho Nacional de Administração da Justiça compõe-se de sete membros, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo Tribunal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo Tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e um do Superior Tribunal Militar, indicados por seus Tribunais;

IV - dois desembargadores de Tribunal de Justiça e um juiz de Tribunal Regional Federal, indicados pelo Superior Tribunal de Justiça”.

A reforma do Poder Judiciário, ora em curso no Congresso Nacional, pouco adiantará para a prestação jurisdicional mais eficiente e rápida. Os problemas que atravancam o Poder Judiciário são, notadamente, de ordem processual, administrativa etc., consoante enuncia esta exposição.

O jurista **Marcelo Pimentel**, ex-Ministro do Trabalho e Ministro aposentado do TST, “adverte que a lentidão da Justiça não será resolvida com o controle do Judiciário ou coisas equivalentes. Reformem-se os códigos, modernizando-os; desatolem a Justiça eliminando a União os seus milhões de processos repetidos; implantem-se a súmula vinculante; onerem-se os re-

---

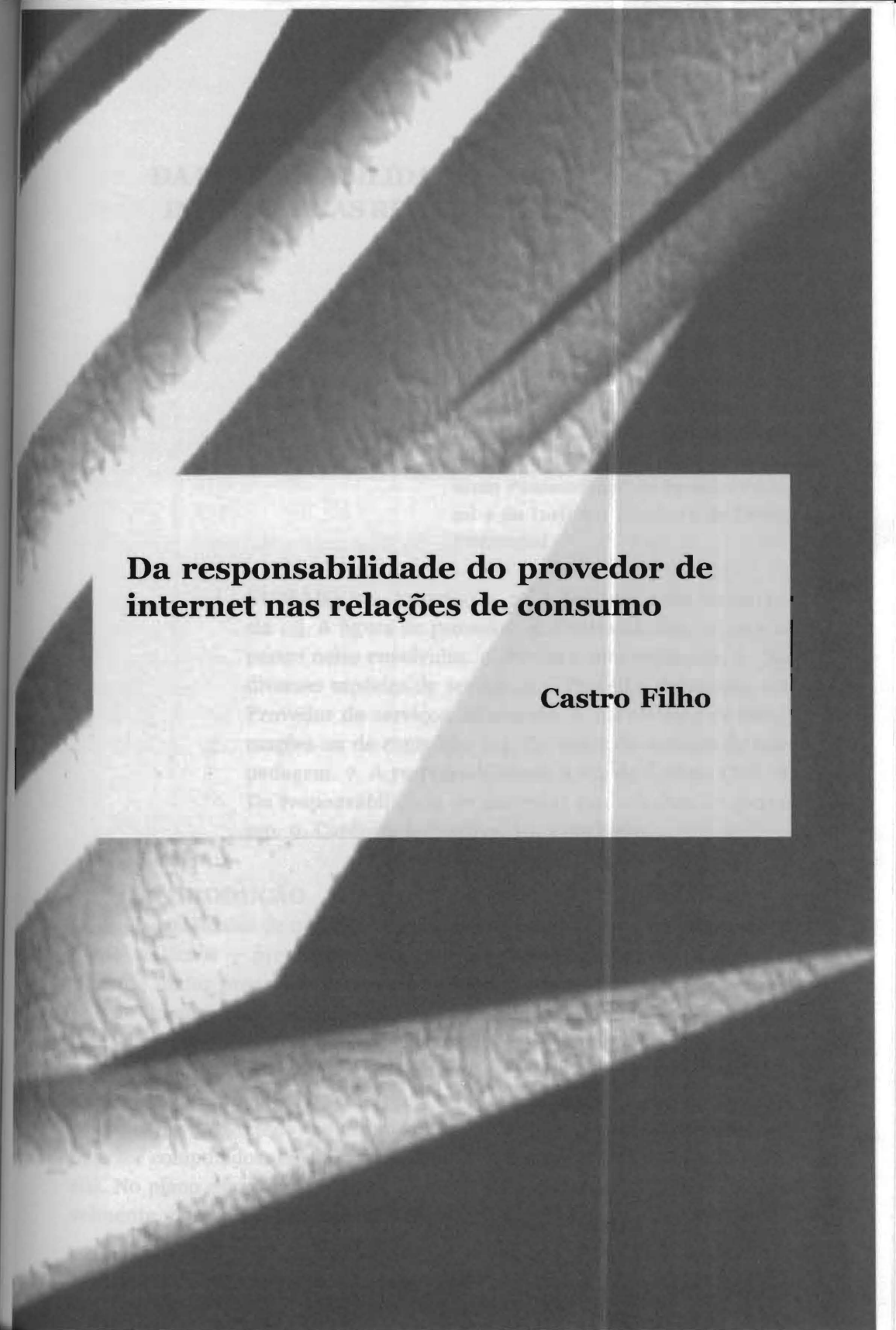
<sup>31</sup> Cf. Diálogos & Debates da Escola Paulista de Magistratura, dezembro de 2003 e STJ, 10.02.2004.

cursos protelatórios; facilitem-se o processo de execução; ampliem-se a competência dos juizados especiais; aumentem-se a competência para decisões monocráticas dos Ministros Relatores e mais outras medidas práticas e teremos resolvido os problemas da eficiência da Justiça, sem estuprá-la<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> PIMENTEL, Marcelo. *Revista Jurídica Consulex*, v. 8, n. 173, mar. 2004. p. 29.





**Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo**

**Castro Filho**

# DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE INTERNET NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

## Castro Filho

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, professor de Direito Civil e de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Goiás (licenciado) e do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A *Internet* e sua importância. 3. A figura do provedor. 4. Contratos eletrônicos e as partes neles envolvidas. 5. Partes e intervenientes. 6. Das diversas espécies de serviço. 6.1. Provedor de acesso. 6.2. Provedor de serviços de correio. 6.3. Provedor de informações ou de conteúdo. 6.4. Provedor de serviços de hospedagem. 7. A responsabilidade à luz do Código Civil. 8. Da responsabilidade do provedor nas relações de consumo. 9. Carência legislativa. 10. Conclusão.

**1. INTRODUÇÃO.** Somos pessoas, sob certos aspectos, altamente privilegiadas. Bilhões de nós, além de pertencermos a duas épocas — dois séculos e dois milênios — presenciamos ou diretamente participamos de uma das fases de maior progresso da humanidade. Se inventariarmos o produto da criação do engenho humano, ao longo do século passado e nesses primeiros anos deste milênio, ficaremos abismados. A cibernética, em todas as suas vertentes, e, principalmente, na eletrônica, alcançou patamares incríveis. Na área das comunicações, com predomínio na informática, na computação de dados, os progressos são estonteantes. E tão rápidos que dificilmente podem ser computados. Pena que isso esteja ocorrendo apenas no campo material. No plano espiritual, no outro hemisfério dos valores humanos, lamentavelmente, parece até que estamos regredindo.

Mas, nessa importantíssima área, que a cada dia nos surpreende com as riquezas do brilho e do talento do filho dileto do Criador, vamos encontrar avanços extraordinários, que, a par de nos maravilhar, às vezes, também nos assombram. Mormente a nós da área jurídica que, nessa matéria, tendo em vista a dinamicidade do mundo dos fatos, nem sempre encontramos correspondência no mundo do Direito. Daí a necessidade urgente de se harmonizarem esses importantíssimos ramos da ciência através de normas legisladas, em todos os países do mundo civilizado, que possam, tanto quanto possível, regular os efeitos desse atordoante desenvolvimento. Para tanto, urge que se legisle a respeito, aqui e alhures. E, na impossibilidade de uma legislação, pelo menos por agora, com força supranacional, que busquem as nações fazê-lo de forma que, respeitadas as diferenças culturais, possam atender aos anseios e às necessidades de todos os povos.

Entre essas extraordinárias conquistas do nosso tempo, que, paradoxalmente, nos encantam e metem medo, está a *Internet*, trazendo-nos incontáveis benefícios e múltiplas preocupações, como uma das maiores expressões da globalização. Nessa área, sob a ótica jurídica, não são poucas as dúvidas e muitas são as indagações. No que concerne à responsabilidade das provedoras, raras são as fontes doutrinárias e muito escassa é a jurisprudência, até porque poucas são as questões já chegadas aos tribunais em nosso País.

**2. A INTERNET E SUA IMPORTÂNCIA.** A *Internet* é uma rede internacional (exatamente isso: *international net*), até o momento não regulamentada, de computadores conectados por fios de alta velocidade ou por meio de satélites, o que permite o intercâmbio de informações. Essa conexão entre milhões de computadores se opera por provedores de grande, médio e pequeno porte.

A sigla *Internet* é hoje vocábulo de uso fluente na língua portuguesa, integrando até mesmo textos normativos, como a definição que lhe dá a Norma n. 004/1995, na alínea a de seu item 3, aprovada pela Portaria n. 148, de 31.05.1995, do Ministério das Comunicações.

O número de pessoas, na atualidade, que acessa essa rede é muito alto. Segundo projeções poderá chegar a aproximadamente oitocentos milhões ao final do ano de 2005. Isso reflete bem a importância da *Internet*, principalmente no mundo dos negócios, movimentando bilhões de dólares.

**3. A FIGURA DO PROVEDOR.** Quem presta o serviço de conexão

entre os milhões de computadores que integram essa grande rede é chamado *provedor*. Como não há ainda exigências especiais até agora, não é difícil montar uma empresa com tais finalidades, cujo funcionamento não fica na dependência específica de quem quer que seja, nem mesmo da Anatel. Pode ser constituída como sociedade simples (outrora sociedade civil), com registro, portanto, apenas no cartório civil de pessoas jurídicas, ou como sociedade empresarial, com inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (Código Civil, art. 967). É de se ter presente que à luz do Código Civil de 2002, só pode ser considerado não-empresário quem exerce profissão de natureza científica, intelectual, artística ou literária. Logo, as sociedades criadas com a finalidade de prestar serviços de provimento nessa rede internacional deverá ser registrada como empresa, em qualquer uma de suas modalidades, sendo a sociedade limitada a mais comum.

**4. CONTRATOS ELETRÔNICOS.** Inspirado em **Pontes de Miranda**<sup>1</sup> diríamos, que *contrato é o negócio jurídico celebrado, bilateral ou plurilateralmente, entre pessoas, com o fim de estabelecer, modificar ou extinguir relações jurídicas.*

É de se ter presente que, em vista da necessidade de segurança e justiça nas relações negociais, a autonomia da vontade vem sendo relativizada, perdendo, por força do chamado dirigismo contratual, o cunho absolutista de outrora. Tolera-se ou até se exige, em algumas situações, a intervenção estatal na vontade dos contratantes, com a finalidade de limitar o conteúdo do contrato ou estabelecer certos requisitos que lhe disciplinem a formação, execução ou sua extinção. Busca-se, agora mais do que nunca, dar realce e prestígio à teoria da função social do contrato, em regra, não importando sua natureza nem o meio utilizado para sua formação. Vale, portanto, o registro também para os negócios celebrados via *Internet*, chamados por alguns de contratos eletrônicos.

Não há unanimidade (aliás, na área jurídica, são pouquíssimos os pontos sobre os quais inexitem divergências) entre os autores quanto à expressão contrato eletrônico para denominar esses contratos. Para **Silvânio Covas**, melhor seria “contratação por meio de informática”. Na sua concepção, seria imprópria a denominação “contratos eletrônicos”, uma vez que o con-

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas, SP: Bookseller, 1999. t. 3, p. 246.

trato tanto pode ser de compra e venda, de prestação de serviços ou de cessão de uso, entre outros. E

“... o fato de serem realizados por meio eletrônico não lhes retiram as características que lhes dão nome e classificação. Igualmente não se pode falar em contratos por computador, pois o *hardware* simplesmente dá base para operacionalizar o *software*, sendo que este, sim, vai oferecer o ambiente para o aperfeiçoamento do contrato. De qualquer forma, ambos, *hardware* e *software* integram o conceito mais amplo de informática. Abandona-se, por fim, a opção por contratos *on line*, pois a informática também permite a contratação *off line*, sem contudo deixar de ser um método informatizado para realização do contrato.”<sup>2</sup>

**Jean Carlos Dias**, ao referir-se a essa modalidade de contrato, chama-o de contrato eletrônico<sup>3</sup> e **Newton de Lucca** confirma ser a expressão ou *contratos informáticos* a que vem se firmando cada vez mais. E acrescenta:

“Não se pretende, com ela — parece-nos que seria escusado esclarecer — imaginar-se um novo tipo de contrato no âmbito da teoria geral dos contratos. O contrato será sempre de uma compra e venda, ou de uma prestação de serviço, ou de uma locação de coisa, ou de um escambo e assim por diante. Mas será celebrado por um meio eletrônico.”<sup>4</sup>

De pleno acordo. Também a nós não nos parece, como a **De Lucca**, existir diferença que possa ter relevo conceitual entre as expressões *contrato eletrônico* ou *contrato celebrado por meio eletrônico*, tanto quanto não haveria se se dissesse *contrato informático* ou *contrato celebrado por meio informático*. A toda evidência, o meio de realização não iria alterar-lhe a espécie, nem teria maior repercussão no que tange às partes envolvidas na relação jurídica.

Todavia, sem embargo de se aplicar aos contratos celebrados por meio virtual<sup>5</sup> a disciplina do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, revestem-se eles, como não poderia ser diferente, de certas peculiaridades.

2 COVAS, Silvério. O contrato no âmbito virtual: contratação por meio de informática, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 2. n. 5, p. 102, 1999.

3 DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 84.

4 LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: **Direito e internet: aspectos relevantes**. I. reimp. São Paulo: Edipro, 2001. p. 84.

5 Ensina ALBERTIN, Alberto Luiz, entender-se por *meio virtual* a possibilidade de se conseguir uma comunicação *em tempo real*, com troca de informações por via computacional, o que exige uma infraestrutura abrangente de um sistema comum de conteúdo, de transmissão e de acesso à informação (ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.)

Por isso, sem prejuízo de sua natureza jurídica, alguns de seus elementos não escapam à influência do meio informático.

Ao dissertar sobre a formação do contrato virtual, **Jean Carlos Dias**<sup>6</sup> lembra constituir a oferta contida num *site* uma proposta pública, é dizer, endereçada a todos quantos o visitarem. A aceitação se dá nos moldes dos contratos de adesão, mas, como a comunicação se dá por intermédio de uma conexão eletrônica, não se pode ter as partes como *presentes*. Entretanto, para evitar alguns problemas de relativa gravidade, não convém aplicar às ofertas em *sites* a mesma disciplina própria das situações em que as partes efetivamente se encontram *ausentes*.

No particular, como solução de possíveis dificuldades, é de se considerar que a oferta valerá e poderá ser oposta ao proponente pelo prazo que ela própria consignar ou, na ausência de indicação, deverá ser aceita imediatamente.<sup>7</sup>

Portanto, questão relevante é a que diz respeito ao local de celebração do contrato via *Internet*. A matéria, à falta de legislação própria, deve ser apreciada, num primeiro momento, com base no Código Civil e na Lei de Introdução (Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Em seu artigo 9º, diz nossa ainda vigente Lei de Introdução ao Código Civil:

“Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Já o Código Civil atual, repetindo literalmente o que dizia o artigo 1.087 do Código anterior, assim dispõe em seu

“Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”

De redação muito criticada por antigos autores, é a norma, no geral, de grande importância, principalmente na órbita do Direito Internacional privado, uma vez que dela depende a lei a ser aplicada à relação jurídica, não obstante, como já advertia **Clóvis Beviláqua**, há contratos que, embora celebrados no estrangeiro, são submetidos à lei brasileira.

Os contratos celebrados entre presentes não oferecem qualquer dificuldade, mas se envolvem pessoas não presentes aí podem surgir dúvidas.

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 78.

<sup>7</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 79.

Para **Carvalho Santos**, ao comentar o artigo 1.087 do Código de 1916, melhor seria se aquele diploma houvesse dito “no lugar de onde foi expedida a proposta”, porque mesmo “nos contratos celebrados pelo telefone, que são havidos como ultimados entre pessoas presentes, a mesma regra é de aplicar, considerando celebrado o contrato no lugar de onde foi proposto o contrato, isto é, no lugar onde estava colocado o aparelho do qual se serviu o proponente.”<sup>8</sup>

Em princípio, essa regra sugerida pela doutrina, seria aplicável aos contratos via *Internet*. Porém, não se pode olvidar que, tendo em vista a hipossuficiência presumida do consumidor, salvo em determinados casos de grandes empresas usuárias, a competência para dirimir qualquer questão nessas relações será do foro de situação do consumidor, mesmo que exista cláusula de eleição de foro. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>9</sup>

Caso não seja o consumidor considerado hipossuficiente ou dispensar o privilégio, o foro será o da comarca onde se encontre sediado o provedor de serviços. Com isso, poder-se-á solucionar o problema da fixação da competência para dirimir conflitos em relações comerciais também com empresas estrangeiras.

**5. PARTES E INTERVENIENTES.** Os contratos eletrônicos, em regra, são bilaterais, com geração de efeitos — direitos e obrigações — para ambas as partes. Daí serem também contratos sinalagmáticos. Mas, tendo em conta o meio através do qual são celebrados, neles aparece um interveniente que, embora não se confunda, em certas ocasiões, com qualquer das partes, é de suma importância: é o *provedor* ou *provedora*.

Provedora é a empresa, como já consignado, que disponibiliza o endereço na *Internet*, armazena e insere o *site* na rede, coletando e prestando informações aos seus usuários. Nos contratos celebrados por meios eletrôni-

<sup>8</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 15. p. 126-127.

<sup>9</sup> O CDC, ao tratar dos direitos básicos do consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, garante-lhe a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, por verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.” Logo, na interpretação contextual feita por **Maurício Matte**, com base em **Ada Pellegrini Grinover**, que nos parece correta, referido diploma legal confere competência ao “foro do domicílio do autor, eis que esta regra serve para beneficiar o mesmo, cuidando-se, porém, da opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94, CPC).” (MATTE, Maurício. **Internet, comércio eletrônico: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de e-commerce**. São Paulo: LTr. 2001. p. 121.)

cos, algumas vezes não pode ser considerada *parte*, já que, em princípio, cumpre-lhe, tão-somente, criar condições físicas e logísticas, com a disponibilização de cabos, equipamentos, *softwares* de comunicação, que possam viabilizar o contato do usuário com a rede mundial de computadores.<sup>10</sup>

**Newton de Lucca**, na obra já citada<sup>11</sup>, tece considerações sobre a responsabilidade do *provedor*, com base na Exposição de Motivos da Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho das Comunicações Européias. Naquele documento já se falava da limitação de seus conhecimentos sobre as informações por eles transmitidas ou armazenadas e da dificuldade de se determinar o grau de sua responsabilidade nos casos de armazenamento e difusão de informações ilícitas, assim como das pessoas que, inicialmente, colocaram tais informações em linha.

“Nesse contexto — diz referida Exposição de Motivos — foram adotados princípios divergentes nos Estados-Membros que criaram legislação nova para tratar este problema. Abordagens igualmente divergentes são objeto de debates nos Estados-Membros que examinam a necessidade de legislar. Além disso, e embora a jurisprudência na matéria não seja abundante na Europa, podem também já observar-se divergências nos acórdãos e na argumentação dos tribunais.”<sup>12</sup>

Realmente, como se trata ainda de algo em franco progresso, não é vasta a doutrina sobre o tema, e a jurisprudência no Brasil é ainda bastante esparsa. Daí, como diz **Miguel Dehon**, “... a salutar curiosidade acadêmica no que diz respeito às expectativas e conseqüências da utilização da *Internet* e sua presença no mundo jurídico.”<sup>13</sup>

**6. DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE SERVIÇO.** O provedor de *Internet* pode prestar uma variada gama de serviços. Assim, podemos ter *provedor de acesso*, *provedor de serviços de correio*, *provedor de informações ou de conteúdo* e *provedor de serviços de hospedagem*.

---

<sup>10</sup> Nesses casos não será a provedora considerada parte. Contudo, nos contratos por ela celebrados, como prestadora de serviço, com o usuário, aí figurará como parte e não como mera interveniente, como veremos mais à frente.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 61.

<sup>12</sup> *Id.*, *Ibid.* p. 61.

<sup>13</sup> DEHON, Miguel. A responsabilidade civil e o provedor de Internet. In: SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues (Org.). **Internet e direito**: reflexões doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 198.



**6.1 – PROVEDOR DE ACESSO.** É aquele que presta serviços de conexão à *Internet*, por meio de equipamentos e programas indispensáveis à implementação dos protocolos da *Internet* (*Internet protocol*, conhecido pela abreviatura IP). É um intermediário entre o equipamento do usuário e a *Internet*. Isso só será possível se os computadores, entre outras exigências, falarem a mesma *linguagem* e tiverem *endereço* conhecido. Em outras palavras, um computador só poderá utilizar os serviços disponíveis na *Internet* se contar com *software* IP. O provedor de acesso é, portanto, um intermediário, a quem cabe o papel de conectar o equipamento do usuário e a *Internet*, como o faziam as telefonistas de outrora que, de seu posto nas centrais telefônicas, se incumbiam de realizar as ligações interurbanas.

**6.2. PROVEDORES DE SERVIÇOS DE CORREIO.** Não se confundem com os anteriores e deles não prescindem. Por seu intermédio coloca-se à disposição do usuário um sistema de correio eletrônico, que permite a troca de mensagens, além de reservar ao usuário uma “caixa postal”, através de um computador chamado servidor de *e-mail*. Esse computador armazena as mensagens recebidas na caixa postal e as transfere ao usuário, de quem também transmite as mensagens por ele geradas.

**6.3. PROVEDOR DE INFORMAÇÕES OU DE CONTEÚDO.** A Portaria n. 148/1995 do Ministério das Comunicações define esse provedor como sendo aquele que possui informações de interesse e delas dispõe por intermédio do serviço de conexão à *Internet*. Talvez, melhor seria denominá-lo provedor de conteúdo, como o faz **Erica B. Barbagalo**, “pois é isso que faz esse provedor: colocar à disposição conteúdo a ser acessado por usuários, podendo esse conteúdo ser informações ou serviços, sem causar desentendimentos com a conceituação das entidades que provêem informações específicas pela *Internet*, tais como agências noticiosas ou informações financeiras ou de saúde.”<sup>14</sup>

São esses provedores que colocam à disposição na *Internet* as páginas eletrônicas em *sites*<sup>15</sup> contendo tipos diversos de informação. São essas páginas que disponibilizam notícias e informações sobre saúde e beleza, opções de lazer, além de oferecerem serviços *on line* e produtos para compra.

<sup>14</sup> BARBAGALO, Érica B. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. In: LEMOS, Ronaldo (Org.). **Conflitos sobre nomes de domínio**: e outras questões jurídicas da internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 345.

<sup>15</sup> *Site* é o espaço na Internet no qual determinada página eletrônica pode ser encontrada.

**6.4. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM.** É um prestador de serviços que coloca à disposição de um usuário — pessoa física ou provedor de conteúdo — espaço “em equipamento de armazenagem, ou servidor, para divulgação das informações que esses usuários ou provedores queiram ver exibidos em seus *sites*.”<sup>16</sup>

Esses provedores prestam variados serviços de armazenamento ou hospedagem, quase sempre voltados à exploração comercial. São mais conhecidos entre os internautas por *hosting*, que é também a denominação dada ao contrato, gratuito ou não, pelo qual o prestador de serviço concede ao seu co-contratante o direito de alojamento de arquivos que serão disponibilizados ao grande público.

Uma outra modalidade de armazenamento é reportada por **Erica Barbagalo**: “é o chamado *colocation*, em que uma empresa da área de tecnologia oferece serviço de armazenamento para equipamentos computacionais de outra empresa, inclusive disponibilizando-lhe acesso à *Internet*, com dispositivos de segurança (conhecidos como *firewall*), manutenção e operação das referidas máquinas, monitoração de acesso, serviços de cópia de segurança, entre tantos outros.”<sup>17</sup>

É importante ressaltar que o provedor de serviços de hospedagem não interfere no conteúdo dos *sites*, aos quais os respectivos proprietários têm livre acesso, podendo criar, modificar ou extinguir páginas.

Como se pode perceber, todo provedor de conteúdo tem que se valer dos serviços de armazenagem, geralmente, oferecidos por empresas especializadas em serviços de hospedagem, nada impedindo, contudo, reúna ele condições de armazenamento de seu próprio *site*.

**7. A RESPONSABILIDADE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL.** Feita a distinção dos principais tipos de provedores de serviços junto à *Internet*, antes de falar sobre a responsabilidade dessas prestadoras, parece de conveniência tecer algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil, que tem por fonte os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos, situando-se, portanto, no vasto mundo do Direito das Obrigações.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 346.

<sup>17</sup> *Id. Ibid.*, p. 347.

De acordo com a sistemática adotada por nosso atual Código Civil, no que não difere do anterior, a regra é a adoção da teoria subjetiva, baseada na culpa do agente, para sua responsabilização. Há casos, porém, em que não só o Código, como também a legislação esparsa, contempla a teoria objetiva. O que basicamente diferencia ambas as teorias é a necessidade ou não da presença do elemento *culpa*, só imprescindível na subjetiva. Entretanto, as teorias subjetiva e objetiva em nada se diferenciam no que tange aos outros dois pressupostos da responsabilidade: existência de dano e nexo de causalidade entre a ação do agente (ou fato gerador) e o resultado danoso.

O Código Civil agasalha as duas espécies de responsabilidade: a extracontratual, também chamada aquiliana, que tem por fundamento o dever genérico de cada um de não causar dano a outrem (art. 186 do Código atual) e a contratual, embasada em convenção das partes (art. 389 do novo Código).

Não obstante a regra seja a responsabilização sempre que se verifique essa relação de causa e efeito, há excludentes previstas na própria lei, tais são o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito ou cumprimento de dever legal, além do caso fortuito ou força maior. O estado de necessidade, todavia, não chega a ser uma excludente perfeita, uma vez que doutrina e jurisprudência têm entendido que, em tais situações, o prejuízo deve ser reparado. Outra excludente que se tem reconhecido é o *fato de terceiro*, tendo em vista a ausência do elemento causalidade entre a ação e o efeito, o que muito o assemelha ao caso fortuito.

**8. DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.** Feitas essas considerações sob a ótica do Direito Civil, resta-nos verificar qual seria a responsabilidade do provedor nas relações de consumo.

Entende-se por *relação de consumo* aquela estabelecida contratualmente entre um fornecedor de bens ou serviços, numa extremidade, e, na outra, um consumidor.

No caso do uso da *Internet*, vimos que o provedor é uma empresa que coloca à disposição de um usuário o acesso à rede mundial de computadores. Então, temos numa ponta um prestador de serviços e na outra, alguém, pessoa física ou jurídica, que se vale desses serviços. Projetemos essa relação à luz do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11.09.1990.

Diz o seu artigo 3<sup>o</sup>:

“Art. 3<sup>o</sup> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

(...)

§ 2<sup>o</sup> Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

E no artigo 2<sup>o</sup> está o que essa importante lei tipifica como consumidor:

“ Art. 2<sup>o</sup> Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Ora, em vista dos termos abrangentes desse diploma legal, é fora de dúvida a existência de uma relação de consumo entre o provedor e o usuário. Verificado o liame, cumpre averiguar em que extensão produzirá ele efeitos jurídicos entre um e outro, como partes, e entre usuário e provedor, quando este figurar na relação apenas como interveniente.

É de se ter presente que, além do Código de Defesa do Consumidor, há várias outras leis que, em determinadas situações, podem ser aplicadas nesse tipo de relação. Por exemplo: Lei n. 1.521/1951 (dispõe sobre os delitos contra a economia popular), Lei Delegada n. 4/1962 (trata da garantia da livre distribuição de produtos de consumo), Lei n. 7.347/1985 (especifica procedimentos para ação civil em face de danos causados ao consumidor), Lei n. 8.137/1990 (define os crimes contra as relações de consumo).

Não se pode perder de vista — como o assinala **Bernardo Rucker**<sup>18</sup> — que o consumidor, nesses contratos, é altamente vulnerável. Lembra ele que, ao se falar em *Internet*, fala-se em tecnologia de ponta, dominada por poucos. Daí a hipossuficiência dos navegadores normais, não só pelo poderio

---

18 RUCKER, Bernardo. **Responsabilidade do provedor de internet frente ao Código do Consumidor**. Disponível em: <[www.advocaciainternet.com.br](http://www.advocaciainternet.com.br)> Acesso em: [2004?].

econômico dos grandes provedores e fabricantes de *softwares*, como pela falta de esclarecimentos e conhecimentos sobre a tecnologia, a linguagem e o protocolo da rede.

É de se não perder de vista que o contrato é tipicamente de adesão e a contratação dos serviços quase sempre se dá sem contato direto entre as partes, realizando-se através de contrato-padrão, disponibilizado na própria rede.

Logo, como conclui **Rücker**, aos contratos de provedor de *Internet* aplicam-se todas as normas do Código de Defesa do Consumidor, “principalmente no que tange à reparação de danos”.<sup>19</sup> E, de acordo com o artigo 14 do referido diploma legal, a reparação se dará independentemente da existência de culpa, ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva.

Só não será responsabilizado, em consonância com o parágrafo 3º do mencionado artigo, se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente, ou que o defeito do serviço originou-se de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Numa relação contratual por meio virtual, o provedor poderá figurar como parte, mas, em algumas ocasiões, como dito, poderá ser mero interveniente, simples intermediário. Em sendo parte, e descumprindo o contrato, ou não o cumprindo a contento, responderá por isso, podendo o prejudicado pleitear a resolução do ajuste e requerer a respectiva indenização por perdas e danos, se for o caso. Isso poderá ocorrer, exemplificativamente, no âmbito de suas atividades, nas hipóteses de má qualidade dos serviços de conexão, como deficiência de transmissão de dados, dificuldade de acesso ou mesmo indisponibilidade do sistema, falhas no que concerne ao sigilo e, o que é pior, na segurança dos *sites*.<sup>20</sup> A falha na segurança já tem sido objeto de vários problemas. Para evitar a prática de atos criminosos dos chamados *hackers* e *crackers*, entre outros refinados delinquentes virtuais, esforços têm sido desenvolvidos no sentido de criar barreiras de proteção (*firewall* ou assemelhados).

<sup>19</sup> *Id. Ibid.*, p. 7.

<sup>20</sup> A violência e a bandidagem, infelizmente, hoje campeiam a galope e estão presentes também no campo da cibernética e da informática. São os delinquentes virtuais, verdadeiros criminosos, que vêm sendo fichados por *hackers* e *crackers*. São um verdadeiro terror, principalmente para os titulares de contas bancárias, como nos fala **Newton de Lucca** (*op. cit.*, p. 48). Explica que os *hackers* são especialistas em informática e, por isso, tanto são capazes de invadir computadores alheios como de impedir invasões dos outros. Piores são os *crackers*, que atuam de forma inteiramente dolosa, sempre com a intenção de prejudicar e tirar proveito de seus atos delituosos.

A propósito, **Adalberto Simão Filho**, ao escrever sobre o assunto, pergunta: “A segurança contratada por alguém para proteção do *site* é eficaz e deve ser vista como absoluta a ponto de gerar a aplicação da teoria do caso fortuito, ou relativa?”<sup>21</sup> Após dissertar sobre a questão, conclui ser inaplicável, em casos que tais, a teoria do caso fortuito ou força maior, em regra, a única excludente que pode ser alegada pelo provedor. A seu sentir, “... não se adapta nem à natureza jurídica específica do instituto e nem tampouco à visão compartimentada desenvolvida pela doutrina sobre os elementos que compõem as excludentes.” Segundo entende, na atual fase de desenvolvimento tecnológico, não é possível se obter certeza absoluta quanto à invulnerabilidade de um *site* ou de uma rede. Logo, “... não pode o fato de a invasão ser visto como imprevisível ou imprevisto.”<sup>22</sup>

Nos contratos que têm por fim o acesso, isto é, os serviços de conexão, para maior garantia do provedor, devem os consumidores ser esclarecidos sobre aspectos técnicos dos serviços, tais como suas limitações e riscos a que podem ficar sujeitos, a fim de que possam formar sua convicção e melhor exercer seu poder de opção, na escolha da prestadora. Devem também os usuários ser devidamente orientados sobre cuidados imprescindíveis, visando à sua própria proteção, como as cautelas na utilização da senha de acesso, para evitar seja ela usada por pessoa não autorizada.

Tais precauções são recomendáveis também para os casos de serviços de *e-mail*. A provedora, em todos os serviços que presta, deve deixar bem claro até onde se responsabiliza por invasões também nos serviços de correio eletrônico, esclarecendo quais as medidas e a tecnologia de que se vale para evitá-las ou minimizar suas conseqüências. Não é fácil, por exemplo, nos dias atuais, responsabilizar o provedor de *e-mail* pelo recebimento desses “malfadados *spams*”, como diz **Erica Barbagalo**, ou por outras mensagens indesejadas, ou que conduzam vírus, já que, nesses casos, não exerce o provedor atividade de triagem, a menos que haja cláusula expressa nesse sentido, com a promessa de uso de sistemas especiais de filtragem, como o *firewall*. De igual forma, não responde o provedor por mensagens ofensivas, transmitidas por *e-mail*. Admitir o contrário, seria o mesmo que responsabilizar os Correios por cartas indesejadas.<sup>23</sup> É de se ter presente, contudo, que,

<sup>21</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do *site* ou da rede: inaplicidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. In: LUCCA, Newton de (Coord.). **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, SP: Edipro, 2000. p. 109.

<sup>22</sup> **Id.** *Ibid.*, p. 113-114.

<sup>23</sup> **Op. cit.**, p. 352-353.

em alguns raros casos, o provedor poderá ser responsabilizado, o que ocorre, por exemplo, quando ele edita o conteúdo da página, como observa o Juiz de Direito pernambucano **Reinaldo Ramos Demócrito Filho**. Não se responsabiliza, evidentemente, quando a prestadora é utilizada como simples veículo, nos casos de postagem instantânea.<sup>24</sup>

O problema realmente é muito sério, inclusive no que diz respeito à propaganda virtual. Recente notícia veiculada pela imprensa informa que os chamados *pop-ups* pulsam na *web* sem autorização do internauta e podem abrir entrada para vírus no computador. Seu número chega a ser alarmante. Só nos Estados Unidos andam, atualmente, pela casa dos sete bilhões e trezentos milhões de anúncios por mês.

Já, diferentemente dos provedores de acesso e de *e-mail*, o provedor de conteúdo é responsável por aquilo que registram suas páginas na *web*. É de se advertir, entretanto, que o provedor de conteúdo, proprietário do *site*, não se confunde com o provedor de serviços de hospedagem, que é o armazenador do *site*.

Assim, parece incontestável que o provedor de conteúdo que se dedica à venda de produtos ou serviços, por intermédio de seu *website*, por eles se responsabiliza, e, de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor, como verdadeiro fornecedor. Ora, atuando como intermediário da venda, como *comerciante*, tem ele o dever de passar aos interessados todas as informações, não só sobre os produtos ofertados, como no que concerne à sua procedência: fabricante, produtor, importador ou prestador dos serviços oferecidos em seu *site*, “... sob pena de responder subsidiariamente em decorrência de defeitos dos produtos ou serviços, nos termos do art. 13 do CDC,<sup>25</sup> podendo, em alguns casos, exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, nos limites da participação de cada um, na causação do evento danoso. Nessas hipóteses, é de nenhuma valia perante o consumidor a cláusula contratual que disponha “não se responsabilizar o provedor pelas transações comerciais efetuadas *on line*”, dizendo-as da responsabilidade de quem colocar os produtos à venda. Cláusula desse teor é abusiva e, portanto,

---

<sup>24</sup> Reinaldo Demócrito Filho relata decisão da Corte de Apelação de Nova York em que se reconheceu o provedor de acesso à Internet como mero conduto para o tráfego da informação, em situação equivalente à da companhia telefônica, quando ocorre transmissão de mensagens difamatórias por meio de suas linhas.

<sup>25</sup> BARBAGALO. *Op. cit.*, p. 355-356.

nula de pleno direito. Tal solidariedade não seria, evidentemente, como já consignado, reconhecida ao simples provedor de acesso.

De igual forma, o *provedor de serviços de hospedagem ou armazenamento* não é responsável, como antes dito, pelo conteúdo dos *sites* que hospeda, uma vez que sobre eles não tem qualquer ingerência. O *site* é como um cofre no qual seu proprietário guarda o que lhe for conveniente ou útil; o provedor de hospedagem apenas o armazena. Como não tem acesso ao conteúdo do cofre, por ele não pode responsabilizar-se. Nisso, também se equipara ao provedor de acesso. Aberto, contudo esse cofre e verificada a ilegalidade do conteúdo, assiste ao provedor o direito de imediata interrupção do serviço, sob pena de também ser co-responsabilizado.

**9. CARÊNCIA LEGISLATIVA.** Como já afirmamos, de **lege lata**, praticamente, nada temos ainda regulando o funcionamento desses provedores, que são de fundamental importância em termos de *Internet*. E é de urgência urgentíssima que providências nesse sentido sejam tomadas. De **lege ferenda**, há vários projetos em tramitação no Congresso Nacional. E alguns deles até bons. Só que, como vivemos num país de crises, o que leva o legislador, muitas vezes, a objetivos diversos, na tentativa de atender a outras “prioridades”, não se sabe quando alguns desses projetos poderão ser convertidos em lei.

Dentre as várias propostas em andamento, talvez as principais, por sua abrangência, sejam as de números 3.303 e 4.906. Interessante observar que, não só nesses projetos, mas em todos, há alguns pontos comuns, o que torna patente a preocupação de seus autores no que se refere a certas questões. Por exemplo: cadastro dos usuários. Quase todos os projetos em andamento dispõem sobre a obrigatoriedade de se cadastrarem os usuários; falam de registro de conexão de usuários, de data, de horário de início e de término de acesso, de endereço e de telefone de chamada.

Outro ponto também comum: prazo de manutenção desses registros. Alguns preconizam em um ano; outros, dois, e alguns falam até em três anos. Cremos que dois anos seriam satisfatórios como prazo obrigatório de manutenção desses registros.

Os provedores, de acordo com algumas dessas propostas, seriam classificados como fornecedores de serviço e, nessa condição, submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor. Tudo isso parece-nos importante, inclusive a imposição do dever de privacidade sobre as informações e dos



cadastros, que só cederiam, consoante alguns desses projetos, à força de determinação judicial.

**10. CONCLUSÃO.** Em resumo, entre as maravilhas do mundo moderno, inegavelmente situa-se a *Internet*, uma das maiores expressões da chamada globalização. Trata-se de rede das mais importantes, formada graças à conexão de computadores, abarcando todo o planeta, servindo a milhões de pessoas e alavancando negócios que movimentam bilhões de dólares.

Desse complexo, exsurge uma figura realmente das mais importantes: a do *provedor de Internet*, cuja responsabilidade, na órbita civil, não está ainda bem delineada, à falta de legislação. De qualquer sorte, sejam constituídas como sociedade simples ou como sociedade empresarial, são as provedoras prestadoras de serviço. E nisso, em suas relações com seus usuários, se submetem à legislação em vigor, inclusive ao Código de Defesa do Consumidor. Todavia, os contratos via *Internet*, chamados *contratos eletrônicos* ou *informáticos*, por serem celebrados por meio virtual, revestem-se de certas particularidades que, na ausência de legislação, suscitam algumas indagações, dúvidas que, em breve, estarão exigindo respostas dos tribunais. Dentre essas questões, uma que já se pode antever é a que diz respeito à competência para dirimir conflitos surgidos na interpretação e cumprimento desses contratos. Problemas dessa natureza, entre outros, pelo menos por enquanto, segundo pensamos, terão de ser solucionados em consonância com as normas do já referido Código de Defesa do Consumidor.

Como diversas são as modalidades de serviços prestados, há uma pluralidade de espécies de provedores. Daí a diversidade também da responsabilidade desses prestadores de serviço, que estão, igualmente, a exigir do legislador tratamento diferenciado. Essa legislação, que, em alguns pontos haverá de ser supranacional, complementando-se, portanto, por tratados internacionais, ainda não existe. Urge que se dê aos projetos em tramitação no Congresso Nacional o devido encaminhamento, sem prejuízo, claro, de acelerar as conversações com outros países em busca das imprescindíveis convenções.

E tudo em regime de urgência urgentíssima, porque os progressos da ciência e da técnica não esperam. Felizmente.

## **Depoimento STJ — Recurso especial — Primórdios**

**José Dantas**

## **DEPOIMENTO**

### **STJ – RECURSO ESPECIAL – PRIMÓRDIOS**

**José Dantas**

— Ministro aposentado do STJ.

— Doutor Honoris Causa da Universidade Regional do Rio Grande do Norte

**PREMÊNIA DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.** Não há dúvida de que se tornara imperativo de primeira monta desbastar-se a volumosa pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal, premência essa generalizadamente reclamada em nome da cidadania inerente à predicação judiciária do Estado de Direito. De outro lado, em plano mais particularizado, agonizavam as tentativas de solver-se, no campo da Justiça Federal, igual acúmulo recursal represado no seu único tribunal de apelação — o Tribunal Federal de Recursos.

Por esse molde das características comuns daquelas duas necessidades de igual urgência, houve consenso dos constituintes de 1988 em compartilhar o foro supremo, notadamente no âmbito do recurso extraordinário. Nesse sentido, vinham à baila reiterados conselhos promocionais da longa experiência do Tribunal Federal de Recursos, com mais de 40 anos na judicatura exclusiva de interpretação da lei federal e sua aplicação, muito semelhante à judicatura extraordinária conferente da contrariedade à lei federal e impositiva do conserto da divergência de sua interpretação.

Abro parênteses para uma relembração que me é muito grata: a de que bem antes daquela valoração dada pelo constituinte à analisada experiência do TFR, eu mesmo a promovi, sugerindo-a no discurso de posse como seu Ministro, nos idos de 1976, em colação de proposição feita pelo Deputado Prado Kelly, no ensejo da própria criação do Tribunal pela Constituição de 1946.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ministro **José Fernandes Dantas**: homenagem. Brasília. STJ, 1998. p. 42-43. (Coletânea de julgados e momentos jurídicos dos magistrados no TRF e STJ; 27).

Quando ocorreu a constituinte de 1946 a instituição de um novo tribunal, informava-lhe a iniciativa a necessidade de desbastar-se a sobrecarga de serviços do Supremo Tribunal Federal. Por isso, no traço da nova competência — consoante a memorável emenda Prado Kelly —, também se inseria a assunção da jurisdição extraordinária, limitada na fixação da inteligência uniforme da lei federal.

Em tom prosaico, tenho atribuído certo teor divinatório à minha antiga sugestão, pois se sabe que o Constituinte de 1988 bem poderia ter criado o STJ sem que, necessariamente, o fizesse em transformação do TFR.

Também cabe lembrar que, naquele interregno (1976/1988), o Tribunal Federal de Recursos se houve em merecimento de lutas contra certas sugestões reformadoras. Exemplo delas foi a proposta de Reforma Judiciária encaminhada pelo Executivo em 1984, objetivando a criação dos contenciosos administrativos, sistema de notório cerceamento da garantia do acesso judiciário. Em contraposição a tão ameaçadora proposta, o velho Tribunal, então sob a minha Presidência, lembrou seu antigo posicionamento em favor da modelagem da Justiça Federal pelo formato da Justiça do Trabalho, e que fora desprezado no ensejo do chamado pacote de 1977.<sup>2</sup>

---

Todavia, objetou-se ao projeto a tradicional colocação da matéria, segundo a qual, custodiando a apreciação derradeira da Constituição e da lei federal, o Supremo seria, por excelência da unicidade, o Tribunal da Federação. Temeu-se a experimentação descentralizadora, confiando-se à nova Corte somente uma parte da competência recursal-ordinária do Tribunal Maior, em referência apenas às causas fazendárias.

Mesmo assim, por força de lidar especificamente com a lei federal, justiça é dizer-se — em elogio a quantos nele já tomaram assento — que o Tribunal Federal de Recursos, ao longo de uma experiência trintenária, conquistou indiscutível aptidão para velar pelo equilíbrio da ordem jurídica nacional, no campo exegético da lei ordinária. Nenhum outro tribunal cuidou da unidade de interpretação da norma federal com tamanha exclusividade; em toda uma existência, foi essa a sua missão diuturna, conseqüente da privativa apreciação dos feitos de interesse da União e seus assistidos.

Reavaliando-se o tema, são conhecidas as contraposições em relevo, meritórias no seu sentido emergencial. Entretanto, na esteira daquela primitiva inspiração do constituinte, valeria lembrar-se a potencialidade dessa experiência do Tribunal Federal de Recursos, ponderada como viabilidade do deslocamento da jurisdição extraordinária: isto, numa opção avançada, socorrida da reclamada descentralização e dirigida a um novo dimensionamento do sistema judiciário brasileiro. Dimensionamento este, cujo ponto de partida seria ideal que se marcasse pela liberação das pautas recursais da Suprema Corte, reservadas, assim, para a matéria constitucional — nobreza maior do seu papel institucional.

Sem dúvida que, lastreado em notável passado — erigido à conta da idoneidade de seus julgados — este Colendo Tribunal alteia-se ao merecimento da conjecturada qualificação de guardião da fiel conferência do ordenamento nacional.”

<sup>2</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. BeloHorizonte: Del Rey, 1994. pp. 43-44. “Em abril de 1984, o Tribunal Federal de Recursos voltou a examinar o assunto, quando se manifestou a respeito da proposta da Emenda Constitucional encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República. Na oportunidade, o Tribunal designou comissão para estudar a matéria, comissão de três membros, da qual fui Relator, e integrada pelos Ministros Armando Rolemberg e Carlos Thibau. A Comissão ofereceu, então, ao Tribunal, a proposta de reforma exatamente nos moldes daquela que o TFR adotara, em 1976, além de se posicionar, vigorosamente, contra a adoção do contencioso administrativo no âmbito do Poder Executivo, com poder jurisdicional. O TFR, por unanimidade, acolheu o trabalho da Comissão, tendo o Ministro José Dantas, Presidente do Tribunal encaminhado, pelo Ofício 153/GP, de 03.05.1984, ao Presidente do Congresso Nacional, a proposta de reforma. No relatório de atividades do TFR, do ano de 1984, que o Ministro Dantas apresentou, em cumprimento ao disposto no art. 212, XXXII, do Regimento Interno, assim se manifestou a respeito:

A veemência de tal reação, chego a acreditar, potencializou a consagração de 1988, pela qual, afinal, lutaram todos os seus eminentes Ministros.

Em síntese, o novo modelo judiciário renovou mais do que o pensado, pois se propôs a afetar consideravelmente a competência do Supremo Tribunal, transferindo ao novel Superior Tribunal, além de outras competências ordinárias, aquela concernente ao singular Recurso Especial — denominação sucedânea do recurso extraordinário por contrariedade a preceito ou divergência interpretativa de lei federal; pelo que foram criados os Tribunais Regionais Federais para a jurisdição ordinária do extinto TFR.

**O RECURSO ESPECIAL. PERFIL.** — Respeitada a composição mista do tribunal sucedido, somente se alterou para 33 o número de seus ministros, e para um terço o percentual das respectivas representações da Justiça Federal (juizes dos Tribunais Regionais Federais), dos desembargadores estaduais, e dos advogados e membros do Ministério Público.

Por isso que, apesar das apreensões, na implantação da nova competência não ocorreu revisionismo algum ou a contundência crítica aos julgados sumulados na antiga órbita recursal extraordinária, como se temia acontecer. Tal temor dos meios forenses mais exaltados logo se rendeu ao convívio ameno dos novos julgadores, destacado pela tradicional capacidade aglutinante dos juizes do velho Tribunal.

---

“... creio ser oportuno pôr em relevo, pelo seu alto significado institucional, a posição formalmente tomada pelo Tribunal, em face da tramitação no Congresso Nacional de emenda constitucional encaminhada pelo Poder Executivo, em abril daquele ano, a qual, em parte, dirigia-se à estrutura do Poder Judiciário e propunha, como opção para o descongestionamento do volume de processos jurisdicionais, a instituição do chamado contencioso puro, na área administrativa e fiscal.

Pelo consenso de seus Ministros, a Corte opôs-se publicamente a tal instituição consabidamente carente de lastro nas tradições judiciárias brasileiras, cujo norte sempre se fixou no mais livre acesso ao Judiciário.

Se, por um lado, a projetada emenda, felizmente, findou por ser retirada do Congresso, por outro, a sua devolução frustrou a antiga causa advogada pelo Tribunal como solução da sofrida carga de trabalho: a causa da descentralização pela regionalização da segunda instância da Justiça Federal, e a estruturação do Tribunal Federal de Recursos como foro de reexame exclusivamente da matéria de direito, nas causas da competência dos Tribunais Regionais Federais. Daí que o relato daquela oposição do Tribunal, a par de perpetuá-la na memória da Casa, aviva uma colocação que, fatalmente, se reabrirá em breve, segundo os anseios nacionais de reforma institucional, ativados pela nova conjuntura sociopolítica aberta pela recente eleição para Presidente da República.

Como quer que seja, a anotação do fato também tem alcance didático, pelo ensejo de incluir nos anexos ao relatório o excelente trabalho oferecido pela comissão, então constituída dos Senhores Ministros Armando Rolembert, Carlos M. Velloso (Relator) e Carlos Thibau, trabalho cuja excelência se traduziu na mais larga repercussão obtida nos meios jurídicos do País, do modo como o Congresso Nacional acatou a proposição sob a forma de emenda prontamente oferecida por grande número de parlamentares.”

De fato, isso se confirmou conjunturalmente, conforme se vê quão pequena foi a monta das divergências interpretativas daqueles primórdios, logo pacificadas por considerável posicionamento da maioria, segundo ocorreu às teses sumuladas pelo Supremo Tribunal, objeto das controvérsias mais acentuadas, surgidas no âmbito do estreante recurso especial (*a exemplo – interpretação razoável, prequestionamento, conceito de causa julgada em última instância*).

**PERCALÇOS.** Apesar daquela adoção dos assentos sumulados pelo Supremo Tribunal, aconselhada à moderação das tendências, num ponto, porém, o regulamento processual do novo recurso enfrentou dúvida resistente às primeiras assentadas ordenativas.

Na verdade, nos primeiros ensaios do analisado processamento recursal, surgiu certo mal-entendido tocante à função dos Presidentes dos Tribunais **a quo**, quanto ao conteúdo dos respectivos despachos de admissão ou recusa do recurso especial. De um lado, os que entendiam não dever consideração alguma à respectiva fundamentação, enquanto de outro, os que a valoravam com maior apreciação meritória.

Sobre a divergência verificou-se que ao Tribunal não competia solvê-la regimentalmente e que, pela natureza transitória, parecia desaconselhado constituí-la objeto de súmula, se bem que já apreciada em razoável número de julgados uniformes. Daí que a dificuldade aconselhou a realização de um simpósio em proveito, afinal, de todos os aspectos da nova problemática recursal.

Com efeito, a temática do intitulado *Encontro de Presidentes de Tribunais (28.09.1990)* tornou-se do maior alcance, conforme se colhe dos seus Anais, a teor de notas que transcrevo.

**“Ministro Torreão Braz** – Presidente da Comissão Organizadora – As reuniões de trabalho ficaram divididas em três partes: a primeira terá como tema o recurso especial e outros procedimentos; a segunda destinar-se-á à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no particular, e a terceira é de livre abordagem”; – p. 39

**“Ministro Athos Carneiro:** ... É posição creio tranqüila nesta Corte a de que os Presidentes dos Tribunais atuarão, na triagem prévia das condições de admissibilidade dos REspS, como atuavam e atuam na triagem prévia dos REs. Não obstante alguma contradita doutrinária, temos por indubitado que a tarefa da Presidência dos Tribunais não se

limitará à mera verificação dos pressupostos de admissibilidade de tais recursos, como sucumbência, tempestividade, adequação etc. Esta triagem prévia é feita em decisão que, como todas as decisões jurisdicionais, a Constituição prevê e exige seja fundamentada. ... já agora inexistente o pressuposto da relevância, cancelados os antigos óbices do Regimento do STF, seria este Tribunal como que inviabilizado, ante pleora de irresignações, não fosse a vigilância exercitada pela Presidência dos Tribunais, negando seguimento aos recursos despidos de adequada fundamentação. ... O pronunciamento que admite o recurso, ou que ao mesmo nega seguimento, contendo uma análise detida dos pressupostos específicos de admissibilidade, tal decisão constitui contribuição inestimável aos relatores desta Corte, quer no apreciar eventuais agravos de instrumento, quer na análise dos próprios recursos perante as Turmas julgadoras.” — pp. 42/43.

“Entretanto, o pensamento amplamente majoritário, possivelmente unânime nesta Casa, é que assim não ocorre. Em certo número de casos sucedeu, inicialmente, que Presidente de determinado Tribunal estadual disse apenas: “Alega o recorrente contrariedade aos dispositivos tais da Lei Federal e sendo possível que tenha sido violada a Lei”... remeteu-os ao Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte, então, por suas Turmas devolveu os processos à Presidência do Tribunal de origem, para a devida fundamentação da decisão, analisando os pressupostos específicos do recurso especial.”— p. 79.

“Desembargador **José Fernandes Filho** (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

... Sempre me recusei, como Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a exercer a função meramente cartorária na apreciação dos recursos. ... Permita-me ... dizer ... que recebi com extremo desaponto, ... de um dos Ministros deste Tribunal, um processo que nos veio com a velada censura de que o Tribunal de origem estaria quase se substituindo à instância **ad quem**. Obviamente, determinei o cumprimento da diligência, mas, no encaminhamento do recurso àquele Relator, exerci, com a dignidade que o cargo me confere, o direito de dizer que os Tribunais de Justiça não são órgãos cartorários e devem examinar, como afirmou V. Exa. valorizando esta contribuição, os recursos que lhes são submetidos; sabedores, os Tribunais de Justiça, de que a última

palavra, via de agravo, se for o caso, ou através de admissão do próprio recurso, é evidentemente de Vossas Excelências. — Recebi, pois, com profundo agrado, quase que aliviado, a profissão de fé de V. Exa. no exercício do Juízo de admissibilidade nos Tribunais de origem, resgatando-se, assim, uma imagem provavelmente apressada, que tirei com relação a este processo a que me referi” — pp. 65/66.

“Ministro **Costa Leite**

O entendimento do eminente Ministro Athos Carneiro é, fora de qualquer dúvida, que prevalece no Tribunal. Tanto que se chegou até a cogitar de editar súmula, a propósito da extensão do juízo de admissibilidade do recurso especial na origem, o que só não se concretizou em virtude de cuidar-se, na verdade, de tema restrito.” — p. 81

“Ministro **José Dantas** — Coordenador

... Daí a excelência da conferência proferida pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, na primeira parte dos trabalhos 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 plethora de recursos que é própria da renitente 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 raríssimamente 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.” — p. 96.



“Ministro **Nilson Naves**

... Encerrando, quero ler a ementa que escrevi para uma questão de ordem, e que tem a ver com o futuro deste Tribunal: “Recurso especial (CF/1988, art. 105-III). Despacho de admissão ou de inadmissão. É o recurso especial recurso excepcional, à semelhança do recurso extraordinário. Admiti-lo ou inadmiti-lo, na origem, compete ao Presidente do Tribunal examinar os seus pressupostos constitucionais, em despacho motivado. Questão de ordem proposta pelo Relator e acolhida pela Turma, com devolução dos autos. (REsp n. 948, em sessão de 26.09.1989).” — p. 111.

— 00 —

A partir desse tema central do relembrado Encontro, vê-se que ali também se aventaram aspectos da nova competência, com informações *en passant* sobre as matérias até então sumuladas pelo Tribunal e sobre o deslanche das controvérsias formais mais em voga, bem a propósito daqueles temidos assentos supremos — *exame de prova* (279), *direito local* (280), *cabimento de recurso ordinário* (281), *prequestionamento* (282 e 356), *mais de um fundamento suficiente* (283), *fundamentação deficiente* (284 e 287), *prova do dissídio* (291), *julgados do mesmo Tribunal* (369), *interpretação razoável* (400), *interpretação de cláusula contratual* (454) — p. 107—, aconselhados todos esses verbetes a uma prudente aplicação, amadurecida no correr das pautas.

Dessa prudência orientadora daqueles primeiros ensaios do recurso especial, certo é que também dá prova elogiável a observação de que, julgado o primeiro recurso em 21.06.1989 (... do qual, por sinal, fui Relator — REsp n. 46/PR, Quinta Turma — RSTJ 4/89/1.481—<sup>3</sup>), um ano após já se encontravam sumulados 27 verbetes da jurisprudência predominante do Tribunal.

<sup>3</sup> MOSCA, Hugo. **O recurso especial e seus pressupostos**. 5. ed. Brasília: Thesaurus. 1994. pp. 76-79. “Neste ensaio, não apenas pelo seu conteúdo jurídico, porque há vários e válidos subsídios para mostrar os requisitos do novo recurso excepcional, mas, por igual, como conotação histórica, trazemos à luz o acórdão do primeiro Recurso Especial apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que teve como Relator o devotado Ministro José Fernandes Dantas, no qual o pesquisador irá buscar embasamento para corretas ilações, que se incorporarão, por certo, à jurisprudência.

Trata-se do REsp n. 46, do Paraná, sendo recorrente o Ministério Público do Estado e Recorrido Osmar de Souza.

Eis, na íntegra, essa recentíssima e relevante decisão do STJ... (transcrição ora limitada aos fundamentos da matéria de conhecimento do recurso, como segue): — “VOTO — Senhores Ministros, indiscutível, pelo óbvio, a declinatória suprema, a mim parece que a conversão recursal de que se trata mostra-se aparelhada para julgamento, sem carência formal alguma, pois que, inobstante a **vacatio legis** tocante ao processamento do Recurso Especial, por analogia plena ao mesmo se devem aplicar as normas processuais atinentes ao Recurso Extraordinário, com os suplementos regimentais recomendados desde mesmo o Ato Regimental n. 1/STJ.

—o—o—

Nos preparativos da festejada aproximação do 15<sup>o</sup> aniversário do Superior Tribunal de Justiça, causa-me orgulho depor, para sua *memória*, sobre um dos fatos mais importantes da pacificação da formalística do recurso especial, mas que pouca ou nenhuma referência tem merecido dos estudos das práticas formais do citado recurso: — o registro de séria controvérsia inicialmente surgida, mas que logo contida pela inteligente convocação daquele *Encontro de Presidentes de Tribunais* — de cujos trabalhos participei, como seu Coordenador, na condição de Presidente da Comissão de Jurisprudência.

Daí a importância da consulta aos citados anais, em amostragem de cujo conteúdo destaquei as notas aqui resumidas.

---

Por conseguinte, segundo a boa técnica recomendada para o caso de dissídio jurisprudencial, cumpre iniciar-se o julgamento pela preliminar de conhecimento do Recurso Especial, por sinal que o primeiro a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse mister, sem maior dificuldade, verifico que a divergência pretoriana está cabalmente demonstrada. Com efeito, enquanto o v. acórdão recorrido, ao que se viu, pôs-se em louvar os escólios doutrinários, que levam em conta distinguir-se a prescrição da pretensão executória da que alcança a pretensão punitiva, e concluiu por dizer aplicável neste último caso o disposto na parte final do art. 110 do Código Penal, em sentido diametralmente oposto é a proclamação do acórdão paradigma, proferido em hipótese idêntica, para afirmar a incidência do preceito também no caso da prescrição retroativa, norteada pela pena concretizada. Consulte-se o voto condutor, lavra do Sr. Ministro Néri da Silveira, com esta conclusiva reportação ao parecer da Procuradoria-Geral da República, **verbis**:

‘5. O paciente foi condenado a seis meses de detenção, em sentença que o reconhece, expressamente, como reincidente em crime contra o patrimônio (vide sentença — fls. 25/32).

6. Nos termos do art. 110, parte final, do Código Penal, o prazo prescricional, de dois anos (arts. 110, c.c. art. 109, VI, do CP), será acrescido de um terço, em face da reincidência, reconhecida pelo próprio recorrente.

7. Considerando que o recebimento da denúncia (causa interruptível da prescrição) e a prolação da sentença condenatória não transcorreram dois anos e oito meses mas dois anos, quatro meses e quinze dias, não houve extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, porque inalcançado o prazo próprio’.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso — (Xerox de fls. 353/354.)

Dessa forma, conheço do recurso a teor da regência hoje estabelecida no art. 105, II, letra c, da Constituição Federal.”



## **Do erro médico**

**Carlos Alberto Menezes Direito**

## DO ERRO MÉDICO

**Carlos Alberto Menezes Direito**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor titular da PUC — RJ

Membro da Associação de Juristas Católicos

É sabido quão importante e relevante é o papel dos médicos na estrutura das sociedades democráticas e modernas, que, por viverem constantemente atormentadas por situações de massa, são geradoras de suas próprias doenças e, por isso mesmo, a requererem uma diversidade cada vez maior nos cuidados prestados pela Medicina.

Atualmente, o tema da responsabilidade civil na área médica tem despertado enorme interesse, porque a busca da prestação jurisdicional em decorrência do erro do médico tem sido elevada. O Judiciário, em suas várias instâncias, está, a todo instante, manipulando processos referentes a essa matéria, o que se deve, por um lado, ao aspecto da Medicina de massa e, por outro, talvez, à recente consciência de cidadania na busca dos seus direitos diante do Estado, invocando a prestação jurisdicional oferecida pelos Juizes e tribunais.

Ao se analisar essa questão, é bom ter em mente as palavras de **Francis Moore**, que indica com muita clareza, que o fundamental ato do cuidado médico é a assunção da responsabilidade, e a prática cirúrgica é a assunção completa da responsabilidade pelo bem-estar do paciente.

As palavras de **Moore** servem de enlevo a todos os que precisam adentrar no aspecto da responsabilidade civil na área médica.

No Brasil, o art. 951 do novo Código Civil trouxe uma disciplina específica na qual se pode amparar o Juiz ao examinar as perspectivas postas nos múltiplos processos relativos a erros médicos. A responsabilidade civil médica vem de tempos de antanho. Já era conhecida na antiguidade, nos Códigos de Hamurabi e de Manu, que estabeleciam penas específicas para os médicos e cirurgiões que acarretassem lesões a seus pacientes ou que empregassem meios que os conduzissem à morte. O Código de Hamurabi, inclusive,

continha estritas prescrições sobre as penas aplicadas no caso de mau procedimento cirúrgico. O mesmo ocorrendo na Lei das XII Tábuas e na Lei Aquilia.

É importante — e esse seria o ponto nodal da questão relativa à responsabilidade civil na área médica e um dos aspectos que se deve mesmo ter em conta — a forma com que os pacientes são tratados. O atual sistema de Medicina tem criado alguns problemas de atendimento que, se resolvidos, poderiam reduzir, em muito, as razões que hoje são levadas aos tribunais. É preciso sempre ter presente que o paciente, quando chega ao médico, é uma criatura absolutamente indefesa, atemorizada, aterrorizada, e a sua expectativa é sempre a mais periclitante possível, ou seja, quando chega na busca da prestação do serviço médico, ele o faz debaixo de tal pressão, que o tratamento alcança não só a patologia da qual eventualmente possa estar sofrendo, mas também a própria situação psíquica, diante da falta de riqueza do conhecimento extraordinário que está por trás da Medicina, “essa velha senhora”, como diz o Professor **Júlio de Moraes**.

Na realidade, o sistema de saúde tem por objetivo a cura, que é alcançada com um tratamento correto. A consciência de tal objetivo deve ser levada em consideração quando se trata de responsabilidade civil, deve ser a substância mesma da reparação prevista no Direito Positivo. O processo de cura, os médicos, os enfermeiros, os farmacêuticos, os bioquímicos, os dentistas e todos aqueles que estão envolvidos no sistema de saúde têm responsabilidades e, por isso, segundo o Direito, são legitimados passivos para as ações judiciais decorrentes das lesões que causem aos pacientes submetidos aos seus cuidados, tanto os erros que são originários do diagnóstico como os das terapias decorrentes, sejam elas clínicas ou cirúrgicas. **Miguel Kfouri Neto** fez um estudo muito precioso sobre a responsabilidade civil no campo médico e mostrou que o exercício profissional da Medicina acarreta, muitas vezes, uma falha que pode ter conseqüências irremediáveis, porque a vida que se perde é absolutamente irrecuperável: “Com respeito à dignidade humana, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá sempre estar impregnada de humana consideração pelo semelhante, pelos valores espirituais que representa e, portanto, a função médica encerra mais do que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte”.

Não é outro o efeito retratado por um neurologista inglês chamado **Oliver Sacks**. Nos Estados Unidos, tratando de um paciente com a Síndrome de Korsakov, sem encontrar solução razoável para o caso, escreveu para um grande especialista, Professor **A. R. Luria**, que era, naquela época, o mais famoso na matéria. Pedia que lhe desse alguma opinião, alguma orientação, sobre o que fazer. O cientista respondeu ao Professor **Sacks** dizendo que fizesse aquilo que a sua perspicácia e o seu coração sugerissem: “Há pouca ou nenhuma esperança de recuperar a memória do seu paciente, mas o homem — dizia o professor — não é apenas memória, tem sentimento, vontade, sensibilidade, existência moral, aspectos sobre os quais a neuropsicologia não pode pronunciar-se, e é aí, além da esfera de uma psicologia unipessoal, que poderá encontrar o modo de atingi-lo e de mudá-lo”. As circunstâncias do trabalho desenvolvido pelo neurologista, no entanto, eram muito favoráveis, pois trabalhava em um asilo, que era como um pequeno mundo, muito diferente das clínicas e instituições onde trabalhara. “Em termos neuropsicológicos — concluiu o Professor **Luria** —, há pouco ou nada a fazer, mas, no que respeita ao indivíduo, talvez você possa fazer muito.”

Essa lição, apresentada pelo Professor **Sacks** no seu livro “O homem que confundiu a sua mulher com um chapéu”, é primorosa, porque talvez acompanhe toda a linha da moderna terapia da interação de amor entre o médico e o paciente.

Nessa mesma direção, o médico francês **Phillippe Meyer**, professor da Universidade René Descartes — Paris IV, em obra recente chamada “A Irresponsabilidade Médica”, assinala que a responsabilidade médica é inerente a uma profissão construída desde a sua origem com a compaixão, o altruísmo, a humanidade, a vontade admirável de tirar o outro de um mau passo. O ofício médico é inconcebível sem o compromisso ético que compõe a sua própria essência. “As responsabilidades civis e penais — diz o Professor **Meyer** —, evocadas em certos documentos antigos, são secundadas; aparecem quando os médicos acreditam ter um certo poder, o que, com a sua transmissão ancestral, não cabia”. Esse talvez seja o grande sinal da passagem, do trânsito que estamos vivendo, deixando para trás aquele médico obscurantista que vivia em um cenário de poder absoluto. Esse panorama, na sociedade moderna, na era da comunicação instantânea, está radicalmente mudado, porque hoje existe, em verdade, um transplantar de transparências com o objetivo, exatamente, de abrir o leque da consciência de cada um diante do ofício que tem a desenvolver na sociedade.

Muito se tem discutido — os juízes, os tribunais, os advogados e os membros do Ministério Público, que, continuamente, se vêm às voltas com o problema — se a responsabilidade do médico é contratual ou extracontratual, se é uma obrigação de meio ou de resultado. Decerto, essa discussão hoje não tem muita importância, porque a responsabilidade do médico está subordinada aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, particularmente ao art. 14, em que se criou, verdadeiramente, um sobredireito, passando a relação do médico com o paciente a ser tratada como uma relação de prestação de serviços e o paciente a ser enquadrado como um consumidor.

É preciso aplicar, com muito tempero, com muita ponderação, essa disciplina positiva, não se podendo esquecer das peculiaridades dos diversos serviços prestados pelo sistema de saúde. Há a responsabilidade pessoal, a responsabilidade dos hospitais, a dos serviços auxiliares, como, por exemplo, dos bancos de sangue, dos laboratórios, dos serviços de diagnósticos por imagem e dos exames ditos invasivos, a saber: a endoscopia e a colonoscopia.

De fato, há ainda quem enxergue, na prestação de serviços pelo médico, um contrato puro e simples ou um contrato especial, considerando a circunstância de que não se limita a prestar serviços exclusivamente técnicos, mas também de atendimento pessoal e familiar ao paciente, ou seja, deve ter-se presente — e isso, **mutatis mutandis**, alcança não só os médicos, mas ainda os juízes, os advogados e os membros do Ministério Público — que a relação contratual entre o médico e o seu paciente não deve esgotar-se exclusivamente na prestação do serviço técnico; deve abranger a dimensão social, na medida em que ainda não está, pelo menos no estágio atual da sociedade brasileira, voltada exclusivamente para o atendimento profissional que exclui a parte humanística, tão característica das sociedades latinas.

O que deve presidir a responsabilidade pessoal do médico, além da consideração da responsabilidade em sentido estrito, é o dever de curar o doente, de salvá-lo, porque, se fosse diferente, seria contra a própria natureza das coisas. O objetivo do médico, nesse sentido, é mesmo o de curar e salvar, todavia, muitas vezes, enfrenta situações em que isso não é possível, por exemplo, nos quadros terminais, quer em razão de doenças incuráveis, quer em razão de acidentes com extenso comprometimento de órgãos vitais — particularmente o último caso, nos diversos setores de emergência de hospitais públicos ou privados.

Em princípio, o médico assume, contratualmente, a responsabilidade de curar, de salvar a vida, utilizando todos os meios disponíveis na ciência médica naquele momento e considerando as circunstâncias em que o atendimento é feito. Em outras palavras, não se pode considerar a responsabilidade do médico fora do quadro concreto em que o atendimento é prestado. Não adianta a idealização de um atendimento **per se** e, sobre esse ideal, a construção da responsabilidade do médico. Deve considerar-se a circunstância local concreta e positiva em que está o médico para prestar a assistência que lhe é requerida.

É importante ressaltar que o médico, quando assume a responsabilidade dita contratual, na verdade, assume o compromisso de empregar todo o seu conhecimento, a sua experiência, o seu desvelo e a sua assistência para obter a cura do paciente ou para reduzir o seu sofrimento, que é outro aspecto extremamente relevante no campo do atendimento médico e no da responsabilidade civil. No campo diagnóstico ou no cirúrgico, o médico é responsável pelo cuidado com o paciente, empregando os meios de que dispõe para que a cura seja obtida. Se essa não chega, sua responsabilidade somente poderá ser definida quando provado que o resultado negativo decorreu da sua negligência, imprudência e imperícia. Tal conjugação, embora controvérsias existam sobre o tema, foi mantida no Código de Defesa do Consumidor, ressalvados os aspectos peculiares relativos à prestação de serviços médicos pela empresa. E esse é um problema que se agudiza muito, porque médicos, por diversas razões, porém, sem maior exame da matéria jurídica, estão constituindo empresas para a prestação desses serviços. No momento em que essa prática ocorre, a responsabilidade sai do campo da teoria da culpa e passa para a responsabilidade objetiva, com enorme repercussão nas ações indenizatórias. A transmutação do serviço pessoal do médico para uma empresa, até mesmo em certas circunstâncias vantajosas do ponto de vista tributário, pode ter, portanto, do ponto de vista da responsabilidade, severas conseqüências.

Um dos pontos nucleares da responsabilidade médica é exatamente o de identificar o erro. Não se deve falar em erro médico, mas em erro do médico. Já se viu que esse tipo de erro é fruto da negligência, da imprudência e da imperícia, razão pela qual, o médico será responsabilizado nessas precisas circunstâncias. Todavia, há uma corrente, hoje, que defende a distinção entre o chamado erro profissional, que seria insuscetível de acarretar a responsabilidade, e o erro do médico propriamente dito, este sim, passível da



responsabilidade. O primeiro aconteceria quando a conduta médica fosse correta, mas a técnica incorreta; o segundo quando a técnica é correta e sua conduta incorreta. De todos os modos, um dos aspectos mais difíceis é o da identificação do erro do médico.

Há um autor clássico no Direito brasileiro, **Carvalho Santos**, que, nos comentários ao art. 1.545 do Código Civil de 1916, fez algumas observações, inclusive limitativas da atividade do Juiz quando da identificação do erro do médico. Escreveu ele que o Juiz não deveria interferir de nenhuma maneira nos aspectos técnicos da prestação de serviços, mas isso está completamente ultrapassado. Hoje, o Juiz, independentemente do recurso à perícia médica, tem plena autonomia para decidir com o seu sentido, com a sua percepção da realidade, com o seu convencimento — e só à consciência está subordinado. Não há dúvidas de que, quando se faz essa afirmação, não se tem presente que o Juiz substitua o médico, mas que seja capaz de aferir o conjunto de circunstâncias concretas que autoriza a identificação do erro do médico, o que deve fazer com segurança, equilíbrio e bom senso.

**Atul Gawande** escreveu um livro extremamente interessante, denominado “Complicações”, no qual abordou os dilemas do cirurgião diante de uma ciência imperfeita e mostrou que o estado essencial da Medicina hoje — aquilo que faz com que ser paciente seja tão doloroso, ser médico tão difícil e ser parte da sociedade que paga as contas tão irritante e aflitivo — é exatamente a incerteza. Diz ele que, com tudo o que se sabe nos dias de hoje sobre as pessoas, as doenças e como diagnosticá-las e tratá-las, pode ser difícil compreender a profundidade com que a incerteza ainda domina. Na qualidade de médico — diz o Dr. **Gawande** —, acaba-se por descobrir, contudo, que a dificuldade para tratar das pessoas está freqüentemente no que não se sabe. O estado básico da Medicina é a incerteza, e a sabedoria, tanto para pacientes como para médicos, é definida pela maneira como lidam com ela. Isso é a consciência de que a Medicina é uma ciência imperfeita, um empreendimento de conhecimentos em estado de mutação constante, de informações incertas, de indivíduos falíveis e, ao mesmo tempo, lidando com vidas em risco. Há ciência no que os médicos fazem, mas não só isso: há hábito, intuição e, por vezes, pura e simplesmente, adivinhação, palpite. Erros acontecem, mas não podem ser tomados sempre como aberrações. Não é possível se conceber, sempre, que um determinado erro signifique uma aberração, e que isso leve à conseqüência da responsabilidade civil.

Nos Estados Unidos, por exemplo — e é algo curioso —, há diversos estudos realizados em escolas, inclusive com professores especializados, para evitar a freqüência com que vêm ocorrendo esses erros dos médicos. O Dr. **Gawande** cita um estudo feito por um grande especialista na matéria, **Lucian Leape**, no qual ressalta que em algumas empresas, como prestadoras de serviços e a indústria aeronáutica, há uma redução notável do índice de erros. Diz que a freqüência de erros operacionais na aviação caiu a um para cada 100 mil vôos, e a maioria desses erros não tem conseqüências prejudiciais ou seja, tem havido um esforço nessas fábricas e serviços, para evitar esse tipo de acontecimento, que pode causar lesões. É claro — escreve o Dr. **Gawande** — que os pacientes são mais complicados e idiossincráticos do que aviões, e a Medicina, evidentemente, não deixou de empregar um produto específico, nem mesmo um catálogo de produtos.

Assim, como se pode conceituar o erro do médico? O melhor conceito foi dado pelo Professor **Júlio de Moraes**: “O erro do médico, na medida em que o médico não é infalível, é aquele que um profissional de média capacidade, em idênticas condições, não cometeria.”

Esse é um norte extremamente poderoso para os juízes, para os advogados e para os membros do Ministério Público, no sentido de identificar um conceito que seja substantivo daquilo que é o erro do médico. O que importa é exatamente isto: se o médico agir de acordo com as técnicas médicas em seu poder, utilizando todos os recursos disponíveis, o eventual erro poderá ser escusado, mas sempre podendo e devendo o magistrado examinar amplamente as circunstâncias concretas de cada caso. Como disse o Professor **Meyer**, para identificar a responsabilidade, primeiro o médico deve aprender a medir a capacidade dos meios de que dispõe em relação àqueles que seus antecessores usaram. Uma apreciação ponderada da natureza do progresso é indispensável à percepção das vantagens e dos perigos.

Com efeito, o clínico nada mais é do que um cão perdigueiro. Deve farejar tudo, buscar exaustivamente cada possibilidade diagnóstica, e há um caso exemplar nesse sentido trazido por **Atul Gawande** em seu livro: uma paciente chegou ao hospital apresentando todos os sintomas para um diagnóstico de celulite, a qual seria facilmente curada com a administração de antibióticos. O médico fez uma observação dos sintomas apuradamente, mas, como há pouco tempo havia cuidado de outro paciente que apresentava sintoma parecido e que, ao ser examinado mais detalhadamente, desco-

briu-se ser portador de uma doença fatal chamada fascite necrotizante, infecção por bactérias assassinas e devoradoras de carne, ficou com aquilo na cabeça e resolveu chamar um colega cirurgião do mesmo hospital para fazer um atendimento à paciente. Ele a examinou e verificou que, realmente, os sintomas recomendavam o diagnóstico de celulite e não fascite necrotizante. O outro médico insistiu. Resolveram, então, levá-la para a sala de cirurgia, onde foi feita uma incisão e retirada uma parte para o exame do patologista. O patologista examinou e disse não ter uma conclusão, por isso chamaria um colega especialista para examinar. Esse colega chegou, examinou e disse que não parecia, mas que havia algo indicando tal possibilidade. Os médicos, então, retornaram à sala de cirurgia para a retirada de tecidos, instalando-se, finalmente, o terrífico diagnóstico. A moça foi operada mais quatro vezes, e o médico cirurgião-chefe assumiu a responsabilidade de decidir pela não-amputação do membro, achando que o que tinha feito já era suficiente. Naquele momento, a resolução de optar pela não-amputação do membro foi uma decisão difícil que o médico teve que tomar, considerando a sua própria avaliação, em virtude da emergência, mas que, graças a Deus, naquela circunstância, tinha sido absolutamente exemplar. Por isso, o diagnóstico depende de dedicação da atenção do clínico, o cão perdigueiro, o farejador, que não deve satisfazer-se com o primeiro momento. O cuidado verificado na busca dos sintomas apresentados, esgotando-se as possibilidades e observando-se a realidade do atendimento, deve ser levado em consideração pelo Juiz.

Não se pode comparar os recursos do médico do interior com os do médico da capital nem colocá-los no mesmo patamar para efeito da responsabilidade: deve-se tê-los como diferentes, porque diferentes são os cenários dos atendimentos prestados nesses âmbitos.

Em psiquiatria, por exemplo, as condições diagnósticas e a prescrição terapêutica são extremamente difíceis. Há um estudo que mostra que pacientes tratados em países diferentes receberam tratamentos diferentes, sendo, em alguns casos, identificado o transtorno esquizofreniforme como depressão bipolar, com graves conseqüências para o paciente. O tratamento desses pacientes — alguns diagnosticados como esquizofrênicos, outros como portadores de transtorno bipolar — levou a situações em que a doença pôde se transformar em crônica. Se o paciente tivesse recebido o diagnóstico preciso desde logo, provavelmente não teria acontecido.

Esse é um exemplo das enormes dificuldades ainda hoje ocorrentes no tratamento psiquiátrico, extremamente complicado, porque o diagnóstico é, às vezes, complexo em decorrência das estreitas fronteiras entre uma patologia e outra e porque as dosagens medicamentosas são difíceis de ser acertadas, variando de paciente para paciente. O psiquiatra sofre mais na mão do paciente do que o paciente na mão dele, porque, nem sempre, há a compreensão de que o psiquiatra, quando aplica uma determinada dosagem medicamentosa, depende da reação do paciente, ou seja, a dose correta muitas vezes somente é obtida após algum tempo. Por isso, na apuração da responsabilidade neste campo, o Juiz deve sempre considerar os cuidados que foram dispensados ao paciente lesado, e o médico nunca pode descurar de suas obrigações, o que hoje tem acontecido com certa freqüência. Os médicos, até mesmo por uma série de circunstâncias concretas do sistema de assistência e saúde, tratam os pacientes com tal distância, sem a necessária doação e, sobretudo mesmo, com realismo beirando o terrorismo, que os pacientes se vêem indefesos.

É necessário examinar, ainda, a parte deontológica da relação médico-paciente, um aspecto fascinante. O dever do médico de informar ou não o paciente da doença que sofre, dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, é um dos pontos mais desafiadores. O importante, porém, é que a ligeireza e a falta de atenção são fortes elementos para a identificação da culpa do médico, levando, muitas vezes, ao atrito com o seu paciente.

Quanto ao atendimento, deve ser revestido de cautela, atenção, compaixão, amor, humildade diante do saber e da riqueza do ser do homem, porque, na realidade, há uma relação que extrapola a profissional — médico-paciente — a de amor entre aquele que sofre e aquele que Deus pôs no caminho para tentar salvá-lo do sofrimento, dotada de racionalidade e de liberdade, qualidades essenciais da própria natureza humana, como ensinaram **Aristóteles e São Tomás de Aquino.**

No campo da cirurgia, os critérios, ainda que não sejam muito diversos, têm algumas peculiaridades. É claro que o cirurgião moderno tem hoje uma responsabilidade maior do que antes, porque conduz o paciente pelas fases do diagnóstico, do preparo operatório, da intervenção cirúrgica propriamente dita, do pós-operatório e da reabilitação, e as cirurgias têm a grande vocação de tratar casos críticos ou de criar condições agudas para que a doença seja eliminada, e assim o fazem todos os cirurgiões por meio da manipulação do corpo do paciente.

Outro problema existente é a separação, na cirurgia, dos diversos participantes do ato cirúrgico. Antigamente, o Professor **Fernando Paulino** dizia que o cirurgião-chefe era o único responsável por tudo o que ocorresse dentro da sala de cirurgia. Hoje em dia, destacam-se algumas figuras dentro do tratamento cirúrgico, entre elas, a do anestesista, que tem um papel independente do cirurgião-chefe, salvo se é da responsabilidade do cirurgião-chefe, ou seja, não vai ao quarto examinar o paciente, não tem contato com ele, não estabelece com ele uma relação autônoma. Há diversos acórdãos dizendo que o paciente que sofreu uma lesão no ato cirúrgico em decorrência de um choque anestésico pode responsabilizar, também, o cirurgião-chefe, porque seria solidário com o anestesista, na medida em que este faz parte da equipe daquele.

É válido ressaltar ainda alguns aspectos importantes. Não pode o cirurgião que fez uma cirurgia pequena — não existem cirurgias simples, todas são complexas, das menores até as chamadas grandes cirurgias — deixar o seu paciente a descoberto. Um cirurgião que opera, viaja e deixa os assistentes no seu lugar, mesmo que o paciente saiba disso, está suscetível de sofrer ação por responsabilidade médica se ocorrer algum evento danoso em decorrência da cirurgia.

É muito importante que esse entendimento esteja no subconsciente do cirurgião, porque ele não é apenas o responsável por aquele ato cirúrgico, e sim por todo o acompanhamento do paciente até a sua saída do hospital. Quem tem que dar a alta do hospital após uma cirurgia não é o médico-clínico, mas o cirurgião, porquanto tudo decorre do procedimento cirúrgico a que o paciente foi submetido.

Há muitos médicos fazendo procedimentos cirúrgicos em consultórios, a exemplo de algumas cirurgias dermatológicas. O próprio cirurgião dermatológico aplica a anestesia, o que é um risco enorme, porque qualquer que seja o tipo pode causar uma reação anafilática, acarretando, se o consultório não estiver ambientado para a emergência, um complicador, o que pode configurar erro gravíssimo. O mesmo está acontecendo no campo da cirurgia plástica, uma vez que estão sendo realizadas cirurgias plásticas em consultórios e em clínicas que não estão aparelhadas devidamente. Nesse sentido, o cirurgião cumpre um relevante papel, visto que a ele compete, também, verificar se o instrumental cirúrgico está operacional, se está em bom funcionamento.

Outro campo de muita controvérsia é o da responsabilidade civil em cirurgia plástica. Duas correntes já se formaram. Uma, que diz haver obrigação de resultado; outra, que defende haver obrigação de meio, porquanto a cirurgia estética é uma cirurgia como qualquer outra, mesmo porque não se pode dizer que a cirurgia estética, em si mesma, seja puramente estética. A propósito, uma pessoa que tenha um defeito grave no nariz, pode padecer emocionalmente daquele problema, e, nesse caso, a cirurgia estética é uma cirurgia terapêutica e curativa, também para a alma do paciente. Uma senhora que tenha mamas grandes deve ter, em consequência, problema postural. A cirurgia, nesse caso, não resultará apenas na correção das mamas, mas também na da própria postura da paciente, evitando lesões na coluna.

Por último, é primordial fazer referência à responsabilidade dos hospitais e dos planos de saúde, o que tem suscitado alguma controvérsia, hoje mais pacificada, após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Já se admite, sem qualquer sombra de dúvida, que os hospitais e os planos de saúde, mesmo aqueles criados na forma de cooperativas, são responsáveis. Não apenas o médico é responsabilizado; há uma responsabilidade do plano de saúde na escolha do médico credenciado. Todos os julgados hoje já estão se encaminhando nesse sentido.

Algo importante é que, em estudos feitos nos Estados Unidos, muitas das complicações sofridas por pacientes internados eram devidas, exatamente, a erros de atendimento. Isso se deve, basicamente, ao problema da infra-estrutura hospitalar, o que é inconcebível. Só no Brasil admite-se que nos CTIs trabalhem enfermeiros sem curso superior, ou seja, técnicos de enfermagem desempenham o serviço que seria próprio de pessoas com curso superior. Esse é um erro grave, que acarreta uma enorme responsabilidade dos hospitais. Outro dado é que os hospitais se preocupam mais com o embelezamento, com a hotelaria, com a fachada, mas não com os equipamentos, com o aperfeiçoamento do pessoal. Esse também é um erro muito grave, que conduz, certamente, a problemas de toda ordem em matéria de responsabilidade civil.

O tema é relevante. Muito há ainda para examinar. O que vale, porém, é o despertar da consciência de todos os que atuam na área médica e na área jurídica para o problema.



**Estado social e direitos fundamentais**

de **Jorge Miranda**

# ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Jorge Miranda**

Professor da Universidade de Lisboa e  
da Universidade Católica Portuguesa.

## I

1. Somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas — por isso mesmo — não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra.

Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são funções do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades; assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são funções do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe.

2. São bem conhecidas quatro grandes diferenciações de sentido e alcance dos direitos das pessoas, as quais revertem em sucessivos períodos de formação<sup>1</sup>.

A primeira consiste — adaptando a expressão célebre de **Benjamin**

---

<sup>1</sup> Sobre a história dos direitos fundamentais, v., entre tantos, **G. Jellinek**, "*Allgemeine Staatslehre*", trad. castelhana *Teoria General del Estado*. Buenos Aires, 1954, pp. 307 e segs.; **A. Esmein**, "*Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*", 7ª ed., I, Paris, 1921, pp. 539 e segs.; **Carl Schmitt**, "*Verfassungslehre*", trad. castelhana *Teoria de la Constitución*. Madrid, 1934, pp. 182 e segs.; **Niyazi Yeltekin**, "*La nature juridique des droits de l'homme*", Lausana, 1950, pp. 65 e segs.; **Philippe de la Chappelle**, "*La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*", Paris, 1962, pp. 345 e segs.; **García Pelayo**, "*Derecho Constitucional Comparado*", 8ª ed., Madrid, 1967, pp. 144 e segs.; **Felice Battaglia**, "*Dichiarazione di Diritti*", in *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 409 e segs.; **Otto Brunner**, "*Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*", Gotinga, 1968, trad. italiana *Per una nuova storia costituzionale e sociale*. Milão, 1970, pp. 201 e segs.; **Anne Pallister**, "*Magna Carta — The Heritage of Liberty*", Oxónia, 1971; **Étienne Grisel**, "*Les Droits Sociaux*", Basileia, 1973, pp. 17 e segs.; **Jean Rivero**, "*Les libertés publiques*", Paris, 1973, I, pp. 33 e segs.; **Iring Fetscher**, "*Libertad*", in *Marxismo y Democracia — Enciclopedia de Conceptos Basicos — Política 5*, obra colectiva, trad., Madrid, 1975, pp. 1 e segs.; **Richard P. Claude**, "*The classical model of human rights*



**Constant**<sup>2</sup> — na distinção entre *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*, na distinção entre a maneira de encarar a pessoa na Antiguidade e a maneira de a encarar a partir do Cristianismo. Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal<sup>3</sup>.

A segunda refere-se à *tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental* e à *tutela dos direitos própria do Estado moderno*, mais particularmente do Estado constitucional. Ali, direitos (ou melhor, privilégios, imunidades, regalias) de grupos, de corporações, de ordens, de categorias; aqui direitos comuns ou universais, ligados a uma relação imediata com o Estado, direitos do homem e do cidadão (ainda que sem excluir alguns direitos de categorias particulares).

A terceira contraposição dá-se entre *direitos, liberdades e garantias* e *direitos sociais* e patenteia-se nas grandes clivagens políticas, ideológicas e sociais dos séculos XIX e XX. Se o Estado liberal se oferece relativamente homogêneo, já o Estado social recolhe concretizações e regimes completamente diferentes.

A quarta e última distinção prende-se com a *protecção interna* e a

---

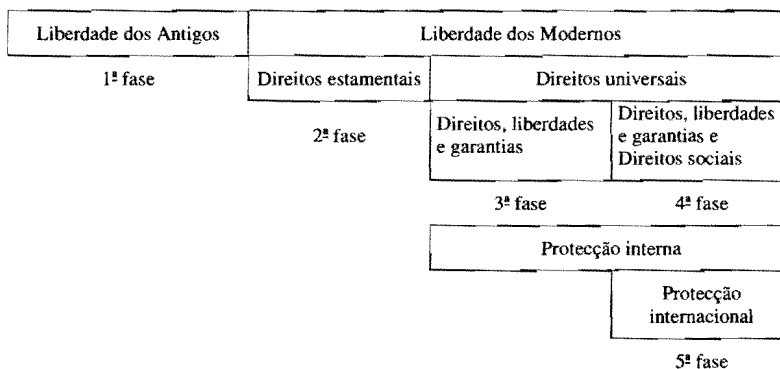
*development*”, in *Comparative Human Rights*, obra colectiva, Baltimore e Londres, 1976, pp. 6 e segs.; **Pablo Lucas Verdu**, “*Curso de Derecho Político*”, III, Madrid, 1976, pp. 39 e segs.; **Pontes de Miranda**, *Democracia, Liberdade, Igualdade*, 2ª ed., São Paulo, 1979, pp. 259 e segs.; **Jesús González Amuchastegui**, “*Acercas del origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Março de 1983, pp. 119 e segs.; **Jean Morange**, “*Libertés Publiques*”, Paris, 1985, pp. 24 e segs.; **Georges Ténékidès**, “*La cité d’Athenes et les droits de l’homme*”, in *Protecting Human Rights: the European Dimension — Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, obra colectiva, Colónia, 1988, pp. 605 e segs.; **Pedro Cruz Villalon**, “*Formación y evolución de los derechos fundamentales*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, pp. 35 e segs.; **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo, 1995, pp. 9 e segs.; **Paulo Bonavides**, *Do Estado liberal ao Estado real*, 6ª ed., São Paulo, 1996, pp. 39 e segs. e 182 e segs.; **José Martínez de Pisón**, “*Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*”, Saragoça, 1997, pp. 57 e segs.; **Ingo Wolfgang Sarlet**, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 1998, pp. 36 e segs.; “*Historia de los Derechos Fundamentales*”, obra colectiva editada por **Gregoria Peces-Barba** e **Eusebio Fernandez-Garcia**, I, Madrid, 1998; **Gilles Lebreton**, “*Libertés publiques et droits de l’homme*”, 4ª ed., Paris, 1999, pp. 56 e segs.; **Fábio Konder Comparato**, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 1999; **Jorge Miranda**, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 12 e segs.; **Vieira de Andrade**, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, 2001, pp. 49 e segs.; **Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, 2003, pp. 380 e segs.

<sup>2</sup> “*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*”, 1815 (in *Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, Paris, 1820, p. 238 e segs.).

<sup>3</sup> Quanto ao exacto alcance da contraposição, a tendência dominante é para torná-la em moldes mais mitigados do que os sugeridos por **Constant**: v., por todos, **Jellinek**, *op.cit.*, pp. 223 e segs., ou **Giovanni Sartori**, “*Théorie de la Démocratie*”, trad., Paris, 1973, pp. 205 e segs.

*protecção internacional dos direitos do homem*. Até há cerca de cinquenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais.

Donde, o seguinte quadro:



3. Diferente deste quadro, é a consideração de três ou quatro gerações de direitos fundamentais: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias<sup>4</sup>.

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras — quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática<sup>5</sup>. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os

<sup>4</sup> Cfr., por exemplo, **Robert Pelloux**, “Vrais et faux droits de l’homme”, in *Revue du droit public*, 1981, pp. 53 e segs.; **Pérez Luño**, “Las generaciones de derechos humanos”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Setembro-Outubro 1991, pp. 203 e segs.; ou **Paulo Bonavides**, Curso de Direito Constitucional, 8.ª ed., São Paulo, 1999, pp. 516 e segs.

<sup>5</sup> Cfr., muito próximo, **Willis Santiago Guerra**, A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, Janeiro-Março 1998, p. 14.

anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos com estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX. E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.

Finalmente, direitos como os direitos à autodeterminação aos recursos naturais e ao desenvolvimento nem sequer entram no âmbito dos direitos fundamentais, porque pertencem a outra área — a dos *direitos dos povos*.

4. Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta de (no dizer de **Radbruch**) um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos econômicos; outros (v. g., a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais<sup>6</sup> — direitos econômicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma

---

<sup>6</sup> No século XIX encontram-se textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23) e, de certa maneira, mais modestamente, a Constituição portuguesa de 1822 (arts. 237, 238 e 240). E até já a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21).

Constituição posterior à Primeira Guerra Mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão<sup>7</sup>.

Sabe-se, porém, que são diversas — muito mais diversas de que os do Estado liberal — as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país<sup>8</sup>.

Assim, o Estado Social de Direito<sup>9</sup> irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade — autonomia como uma liberdade — participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de **Benjamin Constant** entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos econômicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes.

---

<sup>7</sup> Sobre esta evolução, cf., por exemplo, **Passerin d'Entrèves**, *“La Dottrina dello Stato”*, 2ª ed., Turim, 1967, pp. 281 e segs.; **Jorge Miranda**, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, Lisboa, 1968, pp. 70 e segs.; **Ernst Forsthoff**, *“Der Staat der Industriegesellschaft”*, trad. castelhana *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975, pp. 249 e segs.; **Vital Moreira**, *“A ordem jurídica do capitalismo”*, Coimbra, 1973, pp. 145 e segs.; **Amâncio Ferreira**, A conquista dos direitos sociais, in *Fronteira*, n. 5, Janeiro-Março de 1979, pp. 83 e segs.; **José Vilas Nogueira**, *“Igualdad jurídica y Desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales”*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 14, Março-Abril de 1980, pp. 11 e segs.; **Gérard Marcou**, *“Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme”*, in *Service Public et Libertés — Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, obra colectiva, Paris, 1981, pp. 635 e segs.; *“The Development of Welfare States” in Europe and America*, obra colectiva, ed. por **Peter Flora** e **Arnold J. Heidenheimer**, New Brunswick e Londres, 1984; **Wolfgang Abendroth**, **Ernst Forsthoff** e **Karl Doehring**, *“El Estado Social”*, trad., Madrid, 1986; **Jorge Novais**, Contributo para uma teoria do Estado de Direito, Coimbra, 1987, pp. 213 e segs.; **Ignacio Aras Pinilla**, op. cit., pp. 86 e segs.; **Paulo Bonavides**, *“Do Estado ...”*, cit., pp. 179 e segs.; *“Les droits de l'homme à l'aube les XXème siècle”*, obra colectiva, Consul la Europe, Estrasburg, 1993; **Paulo Otero**, Introdução ao Estado de Direito, I, Lisboa, 1998, pp. 233 e segs.

<sup>8</sup> Cf. o nosso Manual ..., I, 7ª ed., Coimbra, pp. 93 e segs.

<sup>9</sup> Não cuidamos aqui de outros tipos constitucionais ou regimes políticos que também pretenderam, de uma maneira ou de outra, promover direitos sociais, desde o Estado marxista leninista ao corporativo e fascista.

5. Independentemente das divergências a nível de formulações, teorizações e fundamentações, ressaltam algumas tendências comuns aos países europeus:

- A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;
- A irradiação para todos os ramos de Direito;
- A acentuação da dimensão objectiva, perscrutando-se, por detrás dos direitos, princípios básicos do ordenamento;
- A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais;
- O reconhecimento da complexidade de estrutura de muitos dos direitos, designadamente dos de liberdade;
- A dimensão plural e poligonal das relações jurídicas;
- A produção de efeitos não só verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação aos particulares);
- A dimensão participativa e procedimental, levando a falar em **status activus processualis (Häberle)**;
- A idêia de aplicabilidade imediata dos direitos de liberdade;
- A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efectivação dos direitos;
- O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da legalidade e da constitucionalidade<sup>10</sup>.

Não é possível, evidentemente, considerar aqui todos estes pontos. Mas importa analisar aquelas duas categorias de direitos fundamentais, até porque têm ressurgido tendências para acentuar excessivamente a contraposi-

<sup>10</sup> Cf. **Peter Häberle**, “Die Wesensgehalt Garantie des art. 19 ABS 2 Grundgesetz”, 1983, trad. italiana *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Roma, 1993, maxime 42 e segs., pp. 115 e segs. e 202 e segs.; **Konrad Hesse**, “Significado de los derechos fundamentales”, in **Benda, Mai-hofer, Vogel, Hesse. Heyde**, “Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, 1994, trad. castelhana *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 83 e segs.; **Francisco Fernandez Segado**, “La dogmatica de los derechos humanos”, Lima, 1994; **Giancarlo Rolla**, “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, in *Quaderni Costituzionali*, 1997, pp. 417 e segs.; **Gomes Canotilho**, “Direito ...”, cit., pp. 1.379 e segs.

ção ou até para pôr em causa os próprios direitos econômicos, sociais e culturais.

6. As premissas de que partimos são as seguintes: 1<sup>a</sup>) que direitos de liberdade e direitos sociais são, uns e outros, impostos pela dignidade da pessoa humana; 2<sup>a</sup>) que, num prisma estritamente dogmático, ostentam estruturas diferentes; 3<sup>a</sup>) que, porém, esse dualismo, não impede que os seus regimes jurídicos se aproximem à luz do postulado de máximo efeito útil das normas constitucionais.

É certo que o Estado social tem vindo a atravessar nas duas últimas décadas situações de crise e tem sofrido não poucas críticas. Situações de crise derivadas do peso dos aparelhos burocráticos nascidos à sua sombra, de custos financeiros dificilmente suportáveis de conjunturas de recessão económica e de quebra de competitividade em face de países com menor protecção social. Críticas provenientes das correntes neoliberais e monetaristas triunfantes (ou aparentemente triunfantes) frente às correntes keynesianas.

E, efectivamente, as circunstâncias e também os princípios de equidade social exigem a superação do assistencialismo. Exigem a distinção entre necessidades e bens essenciais e universais e as restantes necessidades, fazendo que, quanto a estas, as respectivas prestações sejam pagas por todos quantos *as podem pagar* e até onde *puderem pagar*. Exigem a abertura (como se prevê na Constituição portuguesa) à colaboração da sociedade civil. Exigem ainda mudança de mentalidades, diminuindo os egoísmos corporativos<sup>11</sup> e impulsionando, pelo contrário, formas de democracia participativa.

No entanto, na Europa e no mundo não se lhe vê alternativa. Assim como a experiência dos anos 1950, 1960 e 1970 mostrou o papel integrador produzido pelos esforços de efectivação de direitos sociais, também agora só o Estado social permite dar resposta a fenómenos novos de exclusão e propiciar o acolhimento dos milhões de emigrantes que buscam um pouco mais de bem-estar nos países ocidentais. E apenas o Estado social é compatível com a

---

<sup>11</sup> Cf. **Gregorio Peces Barba**, *“Ética, Poder y Derecho — Reflexiones ante el fin del siglo”*, Madrid, 1995, p. 38, referindo se a uma patologia dos direitos no Estado social com ampliação de prestações tão egoístas como a provocada pela mentalidade privada da sociedade organizada segundo a lei da oferta e da procura. E. doutros prismas, **Boaventura de Sousa Santos**, *O Estado e a Sociedade em Portugal* (1974 1988), 2<sup>a</sup> ed., Porto, 1992, pp. 200 e 204; ou **Castanheira Neves**, *Direito e Responsabilidade*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1996, pp. 23/24.

preservação do meio ambiente e com política de desenvolvimento sustentável com a “solidariedade entre gerações” (como se lê, por exemplo, no art. 66, n. 1, alínea **d** da Constituição portuguesa).

Uma coisa é, pois, a actualização, a adaptação ou a reforma do modelo; outra coisa, a sua abolição. Uma coisa é a correspondência maior com regulação econômica e social do que com intervenção directa do Estado; outra coisa o retorno a um *laissez faire* ... que, à escala da globalização, traria imensos custos humanos. Uma coisa é a eventual passagem a uma nova fase (que alguns apelidam de Estado *pós-social*), outra coisa a sujeição a uma pura lógica economicista sem horizontes de esperança.

Tudo isso, naturalmente, no âmbito da democracia representativa, aberta e pluralista, em que, sem prejuízo do seu conteúdo essencial e da garantia jurisdicional, as normas constitucionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais podem receber concretizações diversas (mas não retrocesso) consoante as legítimas opções das sucessivas maiorias parlamentares.

## II

7. O Estado Social de Direito não é senão (recordemos) uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1<sup>ª</sup>) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade — pública e privada — das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva e a limitação do poder político um objectivo permanente; 2<sup>ª</sup>) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político.

Do que se trata é de articular *direitos e liberdades*, ou *direitos civis e políticos* (como se diz na terminologia das Nações Unidas) ou *direitos, liberdades e garantias* (como se prefere na Constituição portuguesa) — *direitos, liberdades e garantias* com *direitos sociais* ou *direitos econômicos, sociais e culturais*; de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessaria-

mente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários<sup>12</sup>.

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igual-

<sup>12</sup> Sobre a distinção entre as duas categorias de direitos, v., entre tantos, **Piero Calamandrei**, "L'Avvenire dei Diritti di Libertà", introdução à 2ª ed. da obra de **Francesco Ruffini**, "Diritti di Libertà". Florença, 1946, reimpressão de 1975; **Philippe Braud**, "La notion de liberté publique en droit français". Paris, 1968, pp. 11 e segs. e 121 e segs.; **Jean Rivero**, "Les Droits de l'Homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX — Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, obra colectiva, III, pp. 31 e segs.; **Georges Burdeau**, "Traité de Science Politique", 2ª ed., VII, Paris, 1972, pp. 587 e segs., e "Constitution, Droits de l'Homme et Changement", in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra colectiva, II, Pádua, 1985, pp. 124 e segs.; **Georges Vlachos**, "La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, pp. 298 e segs.; **Castro Mendes**, Direitos, liberdades e garantias, in *Estudos sobre a Constituição*, I, obra colectiva, Lisboa, 1977, pp. 103 e segs.; **Garcia de Enterría**, "La significación de las libertades para el derecho administrativo", in *Anuario de Derechos Humanos*, I, 1981, pp. 115 e segs.; **Figueiredo Dias**, Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico, in *Estudios penales y criminales*, obra colectiva, Santiago de Compostela, 1985, p. 55; **Cardoso Da Costa**, A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais (sep. do Boletim do Ministério da Justiça, n. 396), Lisboa, 1990, pp. 12 e segs.; **Casalta Nabais**, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa (sep. do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400), Lisboa, 1990, pp. 11 e segs.; **Vieira de Andrade**, op. cit., pp. 168 e segs.; **Gomes Canotilho**, "Direito ...", cit., p. 397.

Sobre direitos, liberdades e garantias, por exemplo, **Francesco Ruffini**, op. cit.; **Pietro Virga**, "Libertà giuridica e diritti fondamentali", Milão, 1947; **Kelsen**, Teoria Pura do Direito, 2ª ed. portuguesa, Coimbra, 1962, I, pp. 270/271; **Marcello Caetano**, Direito Constitucional, I, Rio de Janeiro, 1977, pp. 355 e segs.; **Pierangelo Catalano**, "Diritti di libertà e potere negativo", in *Studi in memoria di Carlo Eposito*, obra colectiva, III, Pádua, 1973, pp. 1955 e segs., maxime 1971; **Giuliano Amato**, "Libertà (diritto costituzionale)", in *Enciclopedia dei Diritti*, XXV, pp. 272 e segs.; **Iring Fetscher**, "Libertad", in *Marxismo y Democracia — Política*, obra colectiva, trad., Madrid, 1975, pp. 1 e segs.; **Franck Way Jr.**, "Liberty in the balance: current issues in civil Liberties", 4ª ed., Nova Iorque, 1976; **Jean Rivero**, "Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques", in *Mélanges J. J. Chevalier*, obra colectiva, Paris, 1978, pp. 247 e segs.; **Isaiah Berlin**, "Four Essays on Liberty", trad. portuguesa, *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*, Brasília, 1981; **José Lamego**, "Sociedade aberta e liberdade de consciência", Lisboa, 1985; **Alessandro Pace**, "Problematica delle libertà costituzionali", Pádua, 1985; *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, obra colectiva, Paris-Aix-en-Provence, 1987; **Pierfrancesco Grossi**, "I diritti di libertà ad uso di lezioni", I, 1, 2ª ed., Turim, 1991; **Christian Starck**, "La Constitution cadre et mesure du droit", Paris-Aix-en-Provence, 1994, pp. 67 e segs.; **Jorge Bacelar Gouveia**, "O estado de excepção", Lisboa, 1999, pp. 867 e segs.

Sobre os direitos sociais, v. **Carl Schmitt**, op. cit., pp. 196/197; **Michel Staskou**, "Quelques remarques sur les 'droits économiques et sociaux'", in *Essais sur les droits de l'homme en Europe (deuxième série)*, obra colectiva, Paris, 1961, pp. 45 e segs.; **Manlio Mazzotti**, "Diritti Sociali", in *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 802 e segs.; **Giuseppe Cicala**, "Diritti sociali e crisi dei diritti soggettivi nel sistema costituzionale italiano", Nápoles, 1965; **Étienne Grisei**, "Les Droits Sociaux", Basileia, 1973, pp. 85 e segs. e 114 e segs.; "La reconnaissance et la mise en oeuvre des droits économiques et sociaux", obra colectiva, Bruxelas, 1972; "Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?", obra colectiva, Bruxelas, 1973; **Amâncio Ferreira**, Uma abordagem dos direitos sociais, in *Fronteira*, n. 6, Abril-Julho de 1979, pp. 51 e segs.; **Guido Corso**, "I diritti sociali nella Costituzione italiana", 1981, pp. 755 e segs.; **Ricardo Garcia Marcho**, "Las aporias de los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda", Madrid, 1982; **Enrique Alonso Garcia**, "Los 'Welfare Rights' y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto publico: la lucha entre dos principios constitucionales de política socio-económica", in *Revista Española de Derecho Constitucional*,



dade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para acção. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade.

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma conseqüência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*<sup>13</sup>.

Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* — e, portanto; *necessária* — do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de*

---

1982, pp. 155 e segs.; **Javier Perez Royo**, “*La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*”, *ibidem*, 1984, pp. 157 e segs.; **Paulo Lopo Saraiva**, *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, 1983; **João Caupers**, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 27 e segs.; **Gomes Canotilho**, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, Coimbra, 1988; **António Pereira Menaut**, “*Against Positive Rights*”, in *Valparaíso University Law Review*, 1988, pp. 359 e seg.; **António Augusto Cançado Trindade**, “*A questão da implementação dos direitos económicos, sociais e culturais; evolução e tendências atuais*”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 71, Julho de 1990, pp. 7 e seg.; **José Luis Cascado Castro**, “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”, Madrid, 1988; **José Ramón Cossío Díaz**, “*Estado Social y Derechos de Prestación*”, Madrid, 1989; **Francisco de Contreras Peláez**, “*Derechos sociales — teoría y ideología*”, Madrid, 1994; **José Ignacio Martínez Estay**, “*Jurisprudência constitucional española sobre derechos sociales*”, Barcelona, 1997; **João Carlos Espada**, “*Direitos sociais de cidadania*”, Lisboa, 1997; **Manuel Afonso Vaz**, “*O enquadramento jurídico-constitucional dos ‘direitos económicos, sociais e culturais’*”, in *in juris et de jure*, obra colectiva, Porto, 1998, pp. 435 e segs.; “*La protection des droits sociaux fondamentaux dans les pays de l’Union Européenne*”, obra colectiva, Atenas Bruxelas Baden, 2000; “*Direitos Fundamentais Sociais (Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado)*”, obra colectiva, Rio de Janeiro São Paulo, 2003.

<sup>13</sup> Nosso “*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*”, Lisboa, 1968, pp. 71/72. Cf., entre tantos autores, **Pontes de Miranda**, “*Democracia, Liberdade, Igualdade*”. São Paulo, 1979; ou **Jürgen Habermas**, “*Faktizität und Geltung. Beiträge Zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*”, 1992, trad. francesa *Droit et Démocratie*, Paris, 1997, pp. 443 e segs.

*liberdade* — de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*<sup>14</sup>; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade — civil ou política — de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos<sup>15</sup>.

O resultado almejado há de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correcção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade<sup>16</sup>; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e susceptível das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

8. Nos direitos, liberdades e garantias assenta-se na idêia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, assenta-se na verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade — umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos etc.) — e no empenhamento em as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; comuns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar.

<sup>14</sup> Cf. Isaiah Berlin, *op. cit.*, p. 38; Peter Häberle, “*Le liberté ...*”, *cit.*, p. 49; ou Robert Alexy, “*Theorie der Grundrechte*”, 1996, trad. castelhana *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 215 e segs.

<sup>15</sup> Na sociedade supercomplexa de hoje, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente a sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais e os concernentes à liberdade política (Marcelo Neves, “A constitucionalização simbólica”, São Paulo, 1994, p. 72).

<sup>16</sup> Cf., por exemplo, John Rawls, “*A Theory of Justice*”, 1971, trad. portuguesa, *Uma teoria de Justiça*, Brasília, pp. 159 e segs., *maxime* 232/233.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à protecção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade*<sup>17</sup> e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O conteúdo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder<sup>18</sup>, o destes é a organização da solidariedade<sup>19</sup>.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico<sup>20</sup> impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas. Eis o que não custa, outrossim, confirmar através de uma breve análise estrutural das duas categorias<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Recorde-se a “*freedom from want*” do Presidente **F. D. Roosevelt**.

<sup>18</sup> Assim, **Jellinek**, “*La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”, in *Revue du droit public*, Julho-Dezembro de 1902, p. 399.

<sup>19</sup> Cf. a noção de **status positivos socialis**, por exemplo, em **Ingo Wolfgang Sarlet**, *op. cit.*, pp. 198 e segs.

<sup>20</sup> Cf. **Georges Vlachos**, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 310 e segs.

<sup>21</sup> Na vigência da actual Constituição portuguesa de 1976, a teoria dos direitos de liberdade tem sido relativamente pacífica. Já não os dos direitos sociais, chegando alguns autores a contestá-los ou a submetê-los a visões reducionistas em nome de certas premissas filosóficas ou da acenada crise do Estado-providência.

Uma dessas visões reducionistas é a de **João Carlos Espada**, para quem os direitos sociais constituem algo que dá origem a um “chão comum” abaixo do qual ninguém deve recluir-se, mas acima do qual podem florescer desigualdades sociais (*op. cit.*, pp. 7 e 9). Eles corresponderiam a uma rede de segurança contra a privação ou a exclusão (p. 255). Não se trataria de promover a igualdade, mas sim a oportunidade; não de evitar desigualdades, mas a exclusão de um universo de oportunidades. Porque as pessoas são livres e iguais enquanto cidadãos, podem ser livres e diferentes enquanto indivíduos (p. 264).

Parece-nos restritivo e inadequado este “critério residual e negativo” dos direitos sociais. A libertação da necessidade não se consegue só com uma espécie de “rendimento mínimo garantido”. Reclama medidas positivas, global e continuamente orientadas por objectivos de desenvolvimento e transformação — por exemplo, por objectivos de democracia económica, social e cultural [como se lê nos arts. 2º e 9º, alínea d, da Constituição]. Mas esses objectivos são redefinidos e reinterpretados pelo povo em cada tempo, não são impostos determinística e dogmaticamente de uma vez por todas.

Tão pouco diferença e desigualdade social se equivalem: quanto mais as pessoas ascenderem a patamares mais elevados de educação, cultura e segurança económica mais livres ficam para escolher entre diversos caminhos de vida, mais recusam a uniformização e o autoritarismo, assim como mais se sentem membros da mesma comunidade. Nem os direitos sociais têm apenas como contra-parte o Estado; também a sociedade civil está neles presente. Ou se traduzem sempre em serviços a cargo do Estado; podem traduzir-se na obtenção de meios para o acesso ao mercado (como, aliás, reconhece o próprio **João Carlos Espada**, p. 257). Ou o seu custo tem de ser suportado apenas por via de impostos; bem pode justificar-se em função das capacidades dos beneficiários, que seja também suportado por taxas.

9. Esclarecendo ou sublinhando o que temos vindo a dizer:

a) Direitos, liberdades e garantias não são o mesmo que direitos naturais e direitos sociais o mesmo que direitos civis (em certa acepção) ou direitos outorgados pelo Estado. Não está aqui em causa senão uma análise de situações jurídicas activas de Direito positivo; mas, se assim não fosse, por certo seria incorrecto qualificar de direitos naturais o direito de antena ou o direito de acção popular e muito difícil não qualificar como tais o direito ao trabalho ou o direito à segurança social.

b) Direitos, liberdades e garantias tão pouco são o mesmo que direitos individuais e direitos sociais o mesmo que direitos institucionais ou colectivos. Entre os direitos fundamentais institucionais contam-se algumas liberdades (v. g., a das confissões religiosas e a das associações) e, de resto, os direitos sociais apresentam-se, de ordinário, como de titularidade individual (poucos direitos serão mais *individuais* que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino).

c) Os direitos, liberdades e garantias não se determinam por exclusão de partes por pertencerem ao ser humano enquanto tal, como pessoa ou em aspectos incindíveis da sua personalidade ou pelo menos enquanto cidadão, e os direitos económicos, sociais e culturais não são direitos fundamentais especiais tirando a sua especialidade do bem tutelado e de uma forma de tutela eminentemente social<sup>22</sup>. São gerais — ou comuns — tanto os primeiros como os segundos direitos. Os direitos sociais podem dizer respeito, hoje, a todas as pessoas e atingir uma pluralidade de bens. E tão dependentes de formas organizativas podem ser alguns dos direitos, liberdades e garantias (*maxime* os respeitantes ao processo penal) como os direitos sociais.

d) Nem sequer seria legítimo reconduzir os direitos, liberdades e garantias a direitos *absolutos* e os direitos sociais a direitos *relativos* — sendo absolutos ou relativos os direitos, por transplantação de noções de **Schmitt**<sup>23</sup>, consoante dispensassem ou não a interposição e a garantia da lei. Se a intervenção legislativa parece sempre necessária no tocante aos direitos sociais, também há direitos, liberdades e garantias cuja concretização não se faz, ou não se faz plenamente, sem lei, como as garantias dos cidadãos perante a informática (art. 35 da Constituição portuguesa) ou a objecção de

---

<sup>22</sup> Conforme preconiza Castro Mendes (op. cit., loc. cit., p. 103 e segs.).

<sup>23</sup> Op. cit., p. 192 e segs. e 203 e segs.

consciência frente ao serviço militar (arts. 41, n. 6, e 276, n. 4); há direitos, liberdades e garantias, que constam de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas<sup>24</sup>.

10. e) Os direitos, liberdades e garantias englobam, na verdade, direitos de diferente conteúdo, de variável estrutura e passíveis de diversa concretização ou realização<sup>25</sup>. Englobam liberdades, direitos políticos, direitos irredutíveis a liberdades e a direitos políticos, garantias; direitos negativos ou direitos a omissões, e direitos positivos ou direitos a comportamentos, sejam dos próprios sujeitos (direitos positivos *activos*), sejam de outrem (direitos positivos *passivos*).

Nem por isso, todavia, deixa de se justificar a sua aglutinação — por constituírem (ou poderem constituir) um sistema unitário à volta da idéia de liberdade e de limitação do poder (antes de mais, do poder do Estado em abstracto e do poder dos governantes, sejam quais forem, em concreto, o que se aplica, inclusive, aos direitos políticos) e por se traduzirem (ou podem traduzir) num regime jurídico comum.

f) Fica isto também reforçado por, em muitos, senão em quase todos os direitos, liberdades e garantias, não ser possível ou juridicamente correcto destringer o que é direito, o que é liberdade e o que é garantia — como sucede, por exemplo, com a reserva de intimidade da vida privada (art. 26, n. 1), o direito de antena (art. 40) ou o direito à greve (art. 57) — embora prevaleça, aqui ou ali, o elemento de direito, o elemento de liberdade ou o elemento de garantia<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sobre este conceito, v. o nosso “*Manual ...*”, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, pp. 274 e segs.

<sup>25</sup> Cf. **Vieira de Andrade**, “Autonomia regulamentar e reserva de lei”, Coimbra, 1987, p. 18.

<sup>26</sup> No direito à vida, parece sobressair o elemento direito; contudo, igualmente aí aparece o elemento de garantia, o qual se traduz, nomeadamente, na protecção penal. Relativamente à liberdade de imprensa é o elemento liberdade que está mais presente, mas encontram-se também direitos positivos e garantias. O direito de resistência é uma garantia, porque instrumental relativamente à defesa de outros direitos, mas não deixa de ser (sob certa óptica) um direito autónomo. O direito à greve é, simultaneamente, um direito, uma liberdade e uma garantia: começou por sobressair apenas algo de lícito, depois uma liberdade e hoje é um verdadeiro direito *stricto sensu*. Os direitos políticos, se, por um lado, têm um sentido de direitos, são também (como já dissemos) a garantia dos demais direitos, só têm sentido quando exercidos em liberdade (*maxime* o sufrágio) e alguns são mesmo configuráveis como liberdades (v.g., a liberdade de associação e formação de partidos políticos).

Cf. **Castro Mendes**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 109; **A. Monteiro Fernandes**, “Reflexões sobre a natureza do direito à greve”, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, II, pp. 321 e segs.; **Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 110 e segs.

g) Por virtude dessa heterogeneidade (ou heterogeneidade aparente) de conteúdo, não seria possível, desde logo, afirmar que a contrapartida de cada direito, liberdade e garantia seja (ou seja sempre) uma atitude de abstenção por parte do Estado — tal poderia valer, para as liberdades mas não para os direitos políticos, para as garantias de processo penal e para os direitos previstos em normas não exeqüíveis por si mesmas<sup>27</sup>.

h) Nem sequer perante as liberdades a atitude do Estado vem a ser de simples abstenção. Postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidas, uma ordem objectiva a criar ou a preservar a ordem pública em sentido estrito, ou, mais amplamente, a “ordem constitucional democrática” referida no art. 19, n. 2, da Constituição ou a “legalidade democrática”, a defender através do Governo [art. 199, alínea f], dos tribunais (art. 202, n. 2), do Ministério Público (art. 219, n. 1) e da polícia (art. 272, n. 1)<sup>28</sup>. E o Estado é civilmente responsável pelas violações de direitos, liberdades e garantias (art. 22) e deve tutela quer civil<sup>29</sup> quer penal<sup>30</sup> contra violações providas de quaisquer cidadãos.

Mais ainda: quanto a algumas liberdades, exigem-se prestações positivas<sup>31</sup> ou ajudas materiais<sup>32</sup>, sem as quais se frustra o seu exercício ou o seu exercício por todos os cidadãos e todos os grupos: assim, com a liberdade de imprensa, que implica o assegurar pela lei dos meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econômico (arts. 38, ns. 4 e 6, 1<sup>a</sup> parte, e 39, n. 1) e a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação social do sector público (arts. 38, n. 6, 2<sup>a</sup> parte, e 39, n. 1); com a liberdade religiosa (art. 41,

<sup>27</sup> Cf. **Casalta Nabais**, “Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa”. *cit.*, p. 11, nota.

<sup>28</sup> Toda a pessoa tem direito a que reine uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades (art. 28<sup>o</sup> da Declaração Universal).

<sup>29</sup> Recordem-se sobretudo os arts. 70<sup>o</sup> e 396<sup>o</sup> do Código Civil e os arts. 37<sup>o</sup>, n. 4, *in fine*, e 52<sup>o</sup>, n. 3, da Constituição.

<sup>30</sup> Cf., sobre o problema, **Maria da Conceição Ferreira da Cunha**, “Constituição e Crime”, Porto, 1995; **Luiz Regis Prado**, “Bem jurídico-penal e Constituição”, São Paulo, 1996; **Maria Fernanda Palma**, “Constituição e Direito Penal”, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, pp. 227 e segs.

<sup>31</sup> Cf. **Philippe Braud**, “*La notion de liberté publique en droit français*”, Paris, 1968, pp. 148 e segs.; **Jörg Paul Muller**, “*Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*”, trad., Berna, 1983; **Franco Modugno**, “*I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*”, Turim, 1995, p. 70; ou **Paulo Mota Pinto**, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal Brasil — Ano 2000*, obra colectiva, pp. 189 e segs.

<sup>32</sup> **Jean Rivero**, “*Les Droits de l’Homme, droits individuels ou droits collectifs*”, in *Les Droits de l’Homme: droits collectifs ou droits individuels*, obra colectiva, p. 31.

n. 5); com o direito de manifestação (art. 45, n. 2); com a liberdade de propaganda eleitoral, associada à igualdade das diversas candidaturas e à imparcialidade das entidades públicas [art. 113, n. 3, alíneas **a**, **b** e **c**].

i) Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pode converter-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada<sup>33</sup> — mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser<sup>34</sup>. E é fundamentalmente neste sentido de respeito e preservação da personalidade e da capacidade de acção das pessoas que se justifica ainda dizer que os direitos, liberdades e garantias no seu conjunto ou, pelo menos, as diferentes liberdades se salvaguardarão ou se efectivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do Estado, ao passo que os direitos sociais poderão ser tanto mais efectivados quanto maior ela vier a ser.

j) Uma atitude geral de respeito obriga tanto as entidades públicas como ainda, em certos casos e em certas condições — defini-las vem a ser um dos mais difíceis problemas do Direito Constitucional contemporâneo — as entidades privadas (art. 18, n. 1, **in fine**, da Constituição). Porque o respeito da liberdade de todos os membros da comunidade política tem que ver não somente com as entidades públicas como também com todos esses membros, uns perante os outros, pelo menos quando haja relações de desigualdade ou de dependência, importa que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cf. **Georges Vlachos**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 315: já não é um dever abstracto de abstenção negativa sistemática que determina a essência do Direito do Homem e, designadamente, do direito individual; é a obrigação que decorre — para o Estado como para os grupos ou os particulares — da idéia de não-alienação da personalidade e que gera, consoante os casos, tanto um dever de não fazer como uma injunção de agir, concreta e eficazmente, para salvaguardar a liberdade do homem.

<sup>34</sup> Cf. **Figueiredo Dias**, “Sobre o papel do Direito Penal na protecção do ambiente”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, n. 1, Janeiro-Julho de 1978, p. 11, frisando que os direitos, liberdades e garantias respeitam a uma forma de actuação do homem em que a dependência recíproca com a comunidade ou se não verifica ou não é necessária.

<sup>35</sup> Por isso, como observa **João Baptista Machado** (Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 1976. Coimbra, 1982, p. 144), a neutralidade do Estado não se concretiza, necessariamente, em mera abstenção mas também, quando necessário, numa acção destinada a impedir que a livre actuação dos indivíduos e das forças sociais possa vir a criar coacções incompatíveis com a autodeterminação de outros indivíduos e de outras forças sociais.

11. l) Algo de semelhante se verifica, de resto, no domínio dos direitos sociais. Embora estes tenham como sujeitos passivos principalmente o Estado e outras entidades públicas, também não são indiferentes a entidades privadas; também requerem (ou chegam a exigir) uma colaboração por parte dos particulares<sup>36</sup>. Chamados à tarefa da sua efectivação são o Estado e a sociedade — conforme estipulam, em sucessivos preceitos a Constituição portuguesa (arts. 63, 64, 69, 75, etc.) ou a brasileira (arts. 194, 199, 205, 225 e 227).

m) Existe uma instância participativa nos direitos sociais, fundada, ainda e sempre, no respeito da personalidade: porque se cura de prestar bens e serviços à pessoa, não apenas é preciso contar com o seu livre acolhimento como ainda é mais vantajoso pedir-lhe que, por si ou integrada em grupos, contribua para a sua própria promoção. Daí, estruturas e, por vezes, inclusive, direitos de participação [assim, na Constituição portuguesa, os arts. 52, n. 3, 54, n. 5, alínea e, 56, n. 2, 77 etc.], os quais se apresentam como anteparas da liberdade contra o peso da burocracia ou da tecnocracia.

n) Tal como nos direitos, liberdades e garantias se recorta uma dimensão positiva, também nos direitos sociais se encontra, pois, uma dimensão negativa. As prestações que lhes correspondem não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v.g., tratamentos médicos ou frequência de escolas)<sup>37</sup>; quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento; é vedado ao Poder Público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias; e, evidentemente, lesar os bens ou os interesses que lhes correspondem (v.g., o ambiente ou o património cultural).

o) A interconexão de liberdades e direitos sociais<sup>38</sup> afigura-se óbvia quer no processo histórico da sua formulação, quer no momento actual de exercício e efectivação. A liberdade sindical e o direito à greve são instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores (arts. 55, n. 1, e 57, n. 2). Há garantias ao serviço de direitos sociais: assim, o direito à segurança no emprego (art. 53) em relação ao direito ao trabalho (art. 58, n. 1)<sup>39</sup>, e, em geral,

<sup>36</sup> Cf. **Guido Corso**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 768.

<sup>37</sup> Cf. **Carla Gomes**, “Defesa da Saúde Pública v. Liberdade Individual”, Lisboa, 1999, pp. 18 e segs.

<sup>38</sup> Nas palavras de **Robert Pelloux**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 54.

<sup>39</sup> Assim, Acórdão n. 148/1987 do Tribunal Constitucional, de 6 de maio, in *Diário da República*, 2ª série, n. 178, de 05 de Agosto de 1987.



também funcionam como tais certos direitos específicos de participação (arts. 52, n. 3, 55, 56, 60, n. 3, 63, n. 1, 64, 66, 77 e 79). Em contrapartida, a efectivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades: se se assegura, por exemplo, o ensino básico universal, obrigatório e gratuito ou a educação permanente [art. 74, n. 2, alíneas **a** e **c**], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43) e da liberdade de criação cultural (art. 42). Finalmente, não faltam casos de harmonização: por exemplo, o direito ao trabalho não pode ser efectivado com privação da liberdade de profissão (art. 47).

12. p) A maior parte dos direitos, liberdades e garantias está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas. Alguns provêm de normas não exequíveis e o seu cabal exercício exige lei mediadora — quer dizer, ainda prestações positivas, mas de tipo normativo. Já a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas ou outras [cf. art. 9<sup>o</sup>, alínea **d** da Constituição]; e daí inevitáveis conseqüências quanto à sua realização.

q) Imbricada como está com a vida económica e social sujeita a uma *reserva económica do possível*<sup>40</sup> — e esta avaliável sempre no âmbito do contraditório político — a realização dos direitos sociais aparece, por conseguinte, indissociável da política económica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos, liberdades e garantias dir-se-ia, **prima facie**, actividade eminentemente jurídica);

r) Se os direitos, liberdades e garantias têm um conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das normas constitucionais, os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opções do legislador ordinário<sup>41</sup>. Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos, sem embargo de serem sempre apuráveis o lugar, a projecção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional.

<sup>40</sup> Cf. **Gomes Canotilho**, "Constituição dirigente e vinculação do legislador", Coimbra, 1982, p. 365; ou **Ingo Sarlet**, *op.cit.*, pp. 253 e segs.

<sup>41</sup> Cf. **Vieira de Andrade**, "Os direitos ...", *cit.*, p. 182. No mesmo sentido, **Georges Burdeau**, "Constitution. Droits de l'Homme et «Changement»", in *Scritti in onore de Vejo Crisafulli*, pp. 124 e segs.; **João Caupers**, *op. cit.*, pp. 40 e segs.; **Casalta Nabais**, "Os direitos ...", *cit.*, p. 12.

s) Daqui não procede, porém, forçosamente que todos os direitos sociais sejam direitos a prestações não vinculadas<sup>42</sup>, ao fim e ao resto nunca verdadeiros direitos subjectivos plenos<sup>43</sup>; que deles não possam deduzir se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa<sup>44</sup>; que sejam direitos sob reserva (condição) de lei ou constituídos por lei<sup>45</sup>; ou que neles os indivíduos não apareçam como destinatários directos de normas constitucionais<sup>46</sup>.

Uma contraposição global tão extrema, nestes ou noutros termos, parece exagerada e, mais do que o risco de desvalorização dos direitos sociais, acarreta o de desvalorização das próprias normas constitucionais, afinal degradadas ao domínio da política legislativa. A relatividade dos conceitos de direitos subjectivos, expectativas e pretensões jurídicas, a heterogeneidade das posições activas abrangidas tanto pelos direitos, liberdades e garantias como pelos direitos sociais, a variedade das situações da vida não aconselham tal qualificação em bloco. Só caso a caso, direito a direito, é possível comprovar a sua justeza<sup>47</sup>.

t) Nem se diga que os direitos sociais não são invocáveis judicialmente. Podem-no ser a par da fiscalização da inconstitucionalidade — por omissão e por acção. E podem-no ser por meio dos direitos derivados a prestações, visto que não é avisado cindir a legislação concretizadora dos direitos sociais das normas constitucionais que os criam. A integração dos preceitos constitucionais e legais permite configurar os direitos, em cada tempo histórico, como uma única realidade jurídica.

<sup>42</sup> Vieira de Andrade, “Os direitos ...”, *cit.*, p. 184.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 190. Na mesma linha, Parecer n. 18/1978 da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, VI, p. 17.

<sup>44</sup> Ernst-Wolfgang Bockenforde, “Escritos sobre derechos fundamentales”, trad., Baden Baden, 1993, pp. 76 e segs.

<sup>45</sup> Manuel Afonso Vaz, “Lei e Reserva da Lei”, Porto, p. 373-374 e 381, nota.

<sup>46</sup> Manuel Afonso Vaz, “O enquadramento jurídico constitucional dos ‘direitos económicos, sociais e culturais’”, in *juris et jure*, obra colectiva, Porto, 1998, p. 445.

<sup>47</sup> Cf. as perspectivas de Etienne Grisel, *op. cit.*, pp. 98 e segs.; Jean Rivero, “Les Droits ...”, *cit.*, *loc. cit.*, p. 32; Guido Corso, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 783; José Reinaldo de Lima Lopes, “Direitos subjectivos e direitos sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, obra colectiva, São Paulo, 1998, pp. 113 e segs.; Gomes Canotilho, “Direito ...”, *cit.*, pp. 402 e 471 e segs.

ÉTICA E DIREITO NA

# Ética e Direito na formação do juiz

**José Renato Nalini**

# ÉTICA E DIREITO NA FORMAÇÃO DO JUIZ

**José Renato Nalini**

Juiz-Presidente do Tribunal de Alçada  
Criminal do Estado de São Paulo

**SUMÁRIO.** I - Alguns efeitos da Reforma. II - A proposta da nova Escola da Magistratura. III - A ética do futuro juiz. IV - A impregnação ética do Direito. V - Conclusão

## I. ALGUNS EFEITOS DA REFORMA

Os ritos finais de uma reforma do Judiciário que tramitou pelo Congresso durante mais de doze anos prenunciam algumas alterações de vulto na estrutura da Justiça brasileira.

Não se produziu a profunda reforma estrutural que resultaria necessária fossem levados em consideração os diagnósticos. O debate centrou-se em temas polêmicos, quais o controle externo, a súmula vinculante, a quarentena, a vedação do nepotismo e outras providências aparentemente voltadas à homogeneização dos quadros da magistratura.

A defesa das modificações constitucionais demandou estudos consistentes de pensadores, de juizes, de associações de classe, de parlamentares e de representantes de outros estamentos. Constatou-se uma participação mais intensa da comunidade, ao menos por seus setores representativos, no debate em torno ao aperfeiçoamento da Justiça.

Esse aperfeiçoamento virá por força de alguns dispositivos que a nova ordem fundante passa a ostentar, mas advirá, principalmente, de uma nova consciência judiciária. Os operadores essenciais à realização do Direito posto a funcionar em processo, os juizes brasileiros, perceberam que a sociedade reclama deles uma nova postura. A reflexão permanente sobre os caminhos da Justiça passa a permear um ambiente que fora reservado a discussões de estrita técnica jurídica.

O Judiciário no Brasil nunca mais será o mesmo. Assumiu o compromisso com a perfectibilidade. Tem condições de retroalimentar a sua funcionalidade.

dade com o fermento das expectativas sociais. Passará a levar a sério o princípio da eficiência, inspirador de toda Administração Pública. Compenetrou-se de que o cumprimento do dever jurisdicional não esgota os deveres de um realizador do justo numa sociedade cada vez mais complexa.

O desafio maior será a formação dos novos quadros, agora a cargo de uma instituição que terá papel fundamental no fortalecimento da democracia brasileira e na edificação da pátria fraterna, justa e solidária, acenada pelo constituinte de 1988.

## II - A PROPOSTA DA NOVA ESCOLA DA MAGISTRATURA

O constituinte derivado dispôs que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça. A ela incumbirá, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.

A previsão de cursos oficiais para o ingresso na carreira explicita o modelo adequado de preparação prévia. Os atuais certames seletivos somente exigem o grau de bacharel em Ciências Jurídicas. Priorizam a capacidade de memorização, pois os testes são baseados em legislação, doutrina e jurisprudência. A partir do novo paradigma, haverá necessidade de preparação, sempre prévia à seleção. Com isso, a magistratura poderá exigir outros atributos dos candidatos a futuros juízes.

A sinalização desses outros atributos já foi fornecida pelo constituinte. Ele inovou a dicção da alínea *c* do inciso II do artigo 93 da Constituição, para incluir o critério da produtividade em lugar da segurança no exercício da jurisdição, como critério aferidor do merecimento. O juiz brasileiro do século XXI precisará ser um operoso produtor de justiça. Não necessariamente de decisões judiciais, pois a realização do justo há de ser feita inclusive mediante a conciliação, solução eticamente superior à da própria sentença.

Consoante a ordem anterior, os dois primeiros critérios enunciados pelo constituinte para verificar o mérito do juiz eram a presteza e a segurança no exercício da jurisdição.

Houve muita crítica em relação a essa previsão. O que seria “segurança” no exercício da jurisdição? O juiz que tivesse a sua sentença reformada não preencheria o requisito?

Já no concernente à presteza, o objetivo é óbvio. A única mácula consensualmente reconhecida em relação ao Judiciário — não só no Brasil, enfatize-se — é a morosidade. A presteza se propunha, como continuará a se propor, a combater a lentidão da outorga jurisdicional.

Quando se acrescenta a produtividade à presteza, reforça-se o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública. O juiz precisa ser rápido e precisa produzir. Essa produtividade será aferida por critérios objetivos. Presteza e produtividade serão os caracteres norteadores do desempenho do juiz brasileiro. Sem desprezar a freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, preservados pelo constituinte derivado, mas até aqui não levados inteiramente a sério pela instituição.

Deflui da nova dicção constitucional a elevada e ambiciosa missão da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados: preparar, formar, produzir e aprimorar um juiz rápido, produtivo e que alie tais atributos à freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos a que deverá se submeter durante a carreira.

O projeto é muito mais abrangente do que seria reproduzir, ainda que de forma concentrada, um curso de Ciências Jurídicas. Tem-se privilegiado, na prática das Escolas Judiciais em funcionamento, a realização de seminários, congressos, cursos rápidos ou prolongados, focados em temas essencialmente jurídicos.

As experiências levadas a efeito pelas muitas boas Escolas da Magistratura já existentes não deixam de ser profícuas. Propicia-se ao magistrado oportunidade de estudar com profundidade novas leis, debatem-se enfoques distintos, adotam-se estratégias de comprovada eficácia no trato de questões pioneiras.

Só que não é essa a deficiência constatável na Justiça brasileira. Pode-se afirmar que a produção jurídica dos nossos doutrinadores equivale à do Primeiro Mundo. Em termos de criatividade, soluções originais e corajosas, o pensamento brasileiro na área do Direito suplanta civilizações tradicionais.

O enfoque central de um organismo interessado em renovar a Justiça e em dotá-la de instrumental apto a mantê-la em constante efervescência intelectual, sempre na busca de mais apurado nível qualitativo, há de ser redirecionado. Menos Ciência Jurídica, mais ética. Menos legislação, doutrina e jurisprudência, mais gestão, informatização e capacidade administrativa.

Se tudo isso já tivesse merecido a atenção de todo o Judiciário e resultado em implementação de mudanças independentes de alteração constitucional e a magistratura não estaria, outra vez, na linha de defesa por considerar traumáticos alguns dispositivos da emenda constitucional.

### III - A ÉTICA DO FUTURO JUIZ

Esta era de turbulências e de incertezas exige das elites um reforço de virtudes. A magistratura continua a ser uma elite. Principalmente num país em que a diferença entre as pessoas é aprofundada por uma iníqua distribuição de rendas. O crescimento da miséria é fenômeno comprovado até pelos mais renitentes e insensíveis. Poder-se-ia afirmar que isso não deve constituir preocupação para o juiz. Resistam o quanto puderem os conservadores, mas a resposta de descompromisso não satisfará as exigências contemporâneas. O mundo reclama um protagonismo desafiador, difícil, angustiante até, ao juiz do século XXI. O papel do juiz é fundamental para a perpetuação e agravamento da exclusão ou para ao menos atenuá-la.

Considere-se que para o juiz “são necessárias virtudes como força, paciência, persistência, seriedade, compromisso, resolução, auto-restrição e firmeza ao lidar com dificuldades e oportunidades”<sup>1</sup>. Como agente estatal, administrador de justiça, reclama-se-lhe criar e analisar estratégias, atuar com isenção, mente aberta, criatividade e profundidade de julgamento<sup>2</sup>. Mais importante até, “os julgamentos de valor envolvidos nas escolhas críticas, junto com a necessidade de fazer avançar a *raison d’humanité*, requeiram virtudes morais e, inclusive, um forte sentido de responsabilidade pessoal, um intenso sentimento de dever para com a humanidade, muita paixão, uma sensação de obrigação para com o futuro a longo prazo, habilidade para resistir a tentações e paixões perturbadoras, e dedicação total à **res publica**, envolvendo até a disposição de sacrificar a si mesmo se for necessário”<sup>3</sup>. Tudo isso não se aprende com a memorização de textos técnicos. O desafio é outro. Tornar a magistratura mais virtuosa é o caminho eficaz de melhorar a performance da Justiça e de edificar um futuro melhor.

<sup>1</sup> DROR, Yehezkel. **A capacidade para governar**. São Paulo: Fundap, 1999. p. 209.

<sup>2</sup> É o atributo do “*deep thinking*”, tão conhecido do pensamento anglo-saxão.

<sup>3</sup> DROR, *loc. cit.*

Não é fácil a tarefa, pois o mundo e a anarquia de valores parecem conspirar contra o bem. Valores como fraternidade, solidariedade, amor ao próximo estão em desprestígio e em desuso. A ressurreição desses temas está na ética. E se não houver postura ética, uma irrepreensível conduta ética, outras propostas para alavancar a funcionalidade da prestação jurisdicional podem ser contraproducentes. Poderiam até oferecer instrumentos para fazer com eficácia maior o que já está errado, na linha de uma logística mais adequada para uma guerra imoral.

Ou seja: a multiplicação das faculdades de Direito não se preocupou com intensificar a reflexão, o aprendizado e a vivência ética. As faculdades mergulharam no signo da velocidade. Todos têm pressa de aprender estratégias para litigar o quanto antes. Ensina-se a técnica profissional com vistas à capacidade de atuar no foro. Preserva-se a cultura eminentemente adversarial. Todas as controvérsias haverão de ser resolvidas por um juiz. Para atender a todas as demandas, haverá um juiz em cada esquina. Invoque-se a relação entre o número de habitantes por juiz em países que nada lembram o Brasil. Daí a insuficiência crônica de pessoal à disposição de quem queira litigar.

Muita vez, a cultura jurídica é a estimuladora dos litígios. Não se forma o advogado para a pacificação, mas para a arena das astúcias em que se converteu o processo. A profusão de profissionais, premidos pela necessidade de um espaço de sobrevivência no mercado de trabalho, faz com que a competição não se detenha ante pruridos éticos. O vale-tudo da concorrência reflete-se nas demandas que proliferam nos Tribunais de Ética da OAB. E desse universo é recrutado o juiz. Necessariamente, um bacharel em Ciências Jurídicas. O único Poder de Estado que recruta os seus integrantes numa só formação universitária.

A falta de ética no meio jurídico necessariamente contamina a deontologia judicial. Existe um déficit ético na magistratura, o que é natural numa instituição humana. Os juízes não são nefelibatas. São pessoas de seu tempo e só poderiam refletir os paradoxos desta hipermodernidade.

A sensação contemporânea é a de que não mais existe moral e de que tudo é relativo. “Um grande número de homens e de mulheres pensa que não há mais moral e que por toda parte avançam o cinismo, o egoísmo e a anarquia de valores. Desde **Rousseau**, nada é mais comum que a temática da decadência da moral e da cultura. Mas parece que esse sentimento de disso-



lução da moral se acentuou com o recuo da Igreja, com a ascensão da época do rei dinheiro e do neo-individualismo”<sup>4</sup>

Os sinais de desalento não passam ao largo da magistratura. Ao contrário, afligem-na. Além de atuar como verdadeira UTI social, em socorro das aflições, das promessas descumpridas, do esgarçamento das relações, ela não desconhece que a metástase ameaça também seus integrantes. Razão maior para que do próprio Judiciário renasça a reação.

Existe, paradoxalmente, um clamor pela ética. Proliferam os questionamentos éticos. Surgem sob a forma de repúdio às más condutas, exigência de ética na política, luta contra a corrupção, comitês internos de apreciação da postura de certos estamentos, como o Conar, por exemplo.

Instigante a análise de **Gilles Lipovetsky** sobre o desaparecimento do culto do dever sacrificial, do devotamento a uma causa, do desprestígio dos valores cívicos e patrióticos. Imolar-se no altar da Pátria não comove a juventude e causa até perplexidade. Todavia, “ao mesmo tempo, a caridade, o teleassistencialismo, os apelos à solidariedade em relação aos pobres e aos doentes nunca alcançaram tanto sucesso e espaço social midiático. Isso porque a moral está reciclada segundo as leis do espetáculo, do *show business*, da distração midiática. Antes, a moral apresentava uma face austera, autoritária, categórica. Era, muito esquematicamente, o catecismo dos deveres e os sermões do padre. Hoje, com o Teleton, por exemplo, a moral combina-se com a festa, com o *rock*, corridas, *stars*. Os indivíduos não são mais culpabilizados, mas mobilizados em enormes quermesses de benfeitoria”<sup>5</sup>.

O juiz do futuro estará imerso nessa ética pós-moralista. A ele também incumbirá alavancar o referencial ético da sociedade. Se de um lado parece nada restar do acervo de valores das antigas gerações, de outro nunca se invocou com tanta intensidade a tutela e efetividade dos direitos fundamentais. Se parece prevalecer o apego ao presente, a preocupação com as futuras gerações foi acolhida de maneira expressa na sensibilidade ecológica.

A sua função docente — todo juiz, ao decidir, mostra um caminho, ensina o rumo da mais adequada aplicação do justo — é essencial à demonstração

<sup>4</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **Metamorfoses da cultura liberal**. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 23.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 28.

de que continua a existir um absoluto moral. Basta indagar: Quem legitima o trabalho escravo? Quem aplaude a pedofilia? Quem justifica os grupos de chacina, a tortura, os abusos policiais? Por isso, “parece evidente que nem todos os nossos referenciais morais desapareceram. Nossas sociedades não param de reafirmar um núcleo estável de valores partilhados. Não estamos no grau zero da moral: a fragmentação individualista dos valores e o relativismo pós-moderno têm limites. Na realidade, vemos recompor-se um forte consenso social em torno dos valores de base das nossas democracias: os direitos do homem, o respeito às liberdades e à individualidade, a tolerância, o pluralismo. A cultura individualista liberal é muito menos relativista e menos desorientada do que se diz”<sup>6</sup>.

O anseio por uma reorganização dos valores deve sensibilizar o juiz brasileiro. Quase tudo está por ser feito, na consecução da promessa do constituinte, de edificar aquela sociedade justa, fraterna e solidária.

Ao atuar numa sociedade narcisista, hedonista e consumista, o juiz é o agente mais habilitado a interagir. A função judicial tem condições de imprimir, no ambiente social, o tom ético preciso. Tom ético imprescindível “para fazer recuar o individualismo irresponsável, mobilizar as inteligências, formar e qualificar os homens, regular o mercado e a globalização, inventar dispositivos mais favoráveis aos países em desenvolvimento. Será necessário inventar novos dispositivos de solidariedade. O individualismo não deve conduzir ao descrédito da ação pública, mas à sua redefinição. A ética não está somente nas intenções nobres de generosidade, mas na solidariedade inteligente, na busca de compromissos humanistas entre o possível e o ideal, a eficácia e a justiça social”<sup>7</sup>.

Haverá condições de se transmitir, numa Escola da Magistratura, tal concepção de consciência ética? Haverá espaço, na preparação e formação do futuro juiz, para discussões morais, em lugar do consagrado paradigma da revisão do bacharelado? Presta-se o direito a uma impregnação ética, ou o juiz deve continuar a aplicar a lei sem ocupar-se de sua compatibilidade com parâmetros morais?

---

<sup>6</sup> *id. Ibid.*, p. 34.

<sup>7</sup> *id. Ibid.*, p. 39.

#### IV - A IMPREGNAÇÃO ÉTICA DO DIREITO

Deve-se a **Jellinek** a afirmação de que o direito “é o mínimo ético”<sup>8</sup>. Será suficiente a mínima densidade ética para que o Direito seja algo transformador da realidade ou a razão não estaria com **Gilles Lipovetsky**, ao asseverar que “a ética deve encarnar-se nas leis e nas instituições se queremos combater o mal e a injustiça”<sup>9</sup>?

Evidente retorno à preocupação ética está no novo Código Civil Brasileiro, que possui um de seus pilares na eticidade, ao lado da socialidade e da operacionalidade. Antes disso, a Constituição do Brasil de 05.10.1988 já abrigara o princípio da *moralidade*<sup>10</sup>. Mais relevante ainda, seu texto é essencialmente principiológico. Além de inúmeros princípios éticos, a ordem normativa fundante não prescinde de um Direito supralegal, de uma verdadeira e *transcendente Constituição material*, na expressão de **Luís Roberto Barroso**, “que abrigaria os grandes princípios de Direito natural, estivessem ou não positivados no documento escrito que consubstancia a Constituição formal”<sup>11</sup>.

Um texto básico analítico, voltado à disciplina de inúmeros temas, mas imbuído de um senso ético de justiça, é campo fértil para uma rica interpretação. Se existe um déficit na Constituição Cidadã, acusada de fator de ingovernabilidade, é um déficit de interpretação. Este o ponto a ser enfatizado na formação dos futuros juízes. Hão de ser intérpretes proficientes do texto constitucional.

Para isso, além dos inúmeros critérios hermenêuticos já consagrados, hão de levar em consideração princípios até o momento escassamente considerados, ao menos pela magistratura iniciante. Quais o princípio da *razoabilidade* ou da *proporcionalidade*.

A respeito, disserta com lucidez o constitucionalista **Luís Roberto Barroso**: “A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normal-

<sup>8</sup> A citação consta do trabalho *Die sozialetische bedeutung Von recht, unrecht und strafe*, de 1908, p. 45, citado por BACHOFF, Otto. **Normas Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 42-43, citado por BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 208.

<sup>9</sup> **op. cit.**, p. 40.

<sup>10</sup> Artigo 37. **caput**, da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>11</sup> **op. cit.**, p. 209.

mente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos”<sup>12</sup>.

Toda norma é suscetível de uma aplicação que leve em conta a sua razoabilidade. A ser aferida dentro do texto legal, a denominada *razoabilidade interna*, destinada a mensurar a relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Mas também consoante sua *razoabilidade externa*, ou seja, sua adequação aos meios e fins previstos na Constituição. Da doutrina alemã extrai-se valioso contributo para incidência do princípio da razoabilidade: constatar se a lei é exigível ou necessária, requisito também denominado “princípio da menor ingerência possível”. Significa o “imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, ‘se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”<sup>13</sup>.

A aplicação do princípio da razoabilidade também comporta outro exame: a constatação do custo-benefício da medida normativa. Os alemães identificam essa vertente como *proporcionalidade em sentido estrito*. Em síntese, ao aplicar a lei, o juiz brasileiro terá respaldo na Constituição para avaliar parâmetros éticos, muito mais abrangentes do que a leitura estritamente jurídica de sua dicção.

Diante da ordem fundante, insuficiente repetir o asserto romano **dura lex, sed lex**. A norma admitirá outra avaliação, em termos de sua razoabilidade ou proporcionalidade, métodos legítimos de interpretação constitucional. “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”<sup>14</sup>.

---

12 *op. cit.*, p. 226.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 44. citado por BARROSO, *op. cit.*, p. 228.

14 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.

Estão superadas as estritas concepções dogmático-positivistas, substituídas por uma aplicação mais responsável do ordenamento. É dever ético do juiz, na função de intérprete-mor e solucionador de conflitos, extrair do ordenamento a vontade contida no pacto fundante. Interpretar permite ao juiz fazer justiça, não atuar roboticamente, qual computador-humano, se restringindo a aplicar a letra da lei.

Interpretar é a função mais relevante confiada ao juiz. Na feliz expressão do Ministro **Carlos Ayres Britto**, “a interpretação faz parte do circuito da existência e tende a ser, por conseqüência, perenemente atual. Mormente em tema de princípios, em cuja esfera semântica de compreensão interage, dialeticamente, a dualidade centro/periferia”<sup>15</sup>.

A capacidade do intérprete é motor de efetiva transformação da realidade. A Constituição é um conjunto vivo de disposições, mas também de projetos e de promessas. Não é um texto para o passado, mas com vocação de porvir. A interpretação é que permite à Constituição “se atualize por si mesma. Persevere no seu poder de facilitada adaptação à dinamicidade da vida”<sup>16</sup>.

O afimco em percorrer os domínios da mais integral e exauriente interpretação talvez evitasse a necessidade de contínuas alterações do texto constitucional. E o valor segurança jurídica, estabilidade constitucional, não pode ser desprezado pelo operador do Direito. Esse também deveria ser o empenho primordial das Escolas da Magistratura.

## V - CONCLUSÃO

Se a reforma do Judiciário não trará todos os benefícios pelos quais anseia a sociedade brasileira, ela oferece perspectivas benéficas no tema da formação integral do juiz. Formação contínua, desde a preparação, sempre prévia ao concurso, até a permanente missão de manter atualizados os integrantes da carreira judicial.

Os reclamos pela reforma da Justiça levaram em conta casos esporádicos de deslizos cometidos por integrantes do Judiciário. Faltas éticas que decorrem de enfraquecimento dos valores morais, fenômeno por que passa toda a sociedade contemporânea.

15 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 212.

16 *Ibid.*

Confiado às Escolas da Magistratura o papel de formação do novo juiz, a ênfase deverá ser concedida à reflexão, aprendizado e vivência ética. O reforço dos atributos éticos constitui fator de aperfeiçoamento da elite judicial. Refletir-se-á em toda a sociedade, que se espelha no modelo de sua magistratura e aprende com a função docente de cada juiz.

Não há necessidade de se afastar da Ciência Jurídica para impulsionar uma renovação ética da magistratura. Todavia, direito não é apenas legislação, doutrina e jurisprudência. Cabe recordar que “não se entende plenamente o mundo jurídico, expõe **Eliás Dias**, se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e afasta da realidade em que nasce e à qual se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e que deve sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica racional (Filosofia do Direito). Não é possível, assim, uma visão cindida do Direito, especialmente no momento de sua interpretação e aplicação. Aí será necessário ter em conta sua dimensão social e ética”<sup>17</sup>.

Caminha-se para o consenso de que não se poderá continuar a aprender Ciência Jurídica nos moldes antigos. A formação jurídica no bacharelado, na pós-graduação e, principalmente, nas escolas de preparação das carreiras jurídicas, haverá de ser interdisciplinar. O conhecimento, na concepção de *terceira onda* de **Alvin Toffler**, precisa ter caráter holístico. Nada do que pertine à humanidade é irrelevante para aquele que terá a missão de julgar.

O guia seguro para o julgador é a vontade constituinte, a qual se compromete observar quando ingressa na carreira. Ele é o garante das promessas do formulador do pacto. Ele é também responsável pela edificação da sociedade justa, fraterna e solidária acenada na Carta.

Assim, “o juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do Direito! –, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> DIAS, Eliás. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971. p. 54 *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 36 *apud* BARROSO, *op. cit.*, p. 290.

<sup>18</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 291.

Ao extrair a concreção ética dos preceitos constitucionais, o juiz brasileiro se tornará também um ser mais sensível. Com isso, todos ganharão. Fazer justiça não será um dever angustiante, mas missão transcendente de harmonizar a sociedade. A jurisdição recobrará o seu prestígio e a sua aura. O juiz ético será um reformulador permanente de praxes e de estratégias para atingir o bem maior da paz.

O crescimento individual se fará sem prejuízo de investimento institucional — a cargo da Escola da Magistratura — direcionado a alterar, radicalmente, os padrões de moralidade das elites.

As qualidades reclamadas às elites encarregadas de administrar a justiça precisam de reformulação em termos de vícios, virtudes e caráter, mais do que em termos de preparo técnico e conhecimento da lei, doutrina e jurisprudência. São os atributos humanos que devem tornar-se parâmetro básico da Justiça num Estado de Direito de índole democrática e de uma renovada e inquieta cultura jurídica.

O recrutamento, a escolha, a promoção, a reciclagem, os incentivos, o desenvolvimento da carreira, os ensinamentos e a supervisão dos quadros de elite judicial necessitam de adequado redesenho, para implementar a verdadeira Democracia.

Tudo com permanente diálogo interno e com a sociedade. Esta é a destinatária da Justiça e tem direito a um debate aberto e transparente, para obtenção do possível consenso. Debate a ser travado com equilíbrio, sem tirania dos donos da verdade ou do monopólio da erudição. Pregar a virtude, mas sem fundamentalismos. Não se pode negligenciar a ameaça, já pressentida por **Adam Smith**, de que a virtude maldirecionada tende a converter-se em perigoso fanatismo.

Este projeto permanente terá condições de ser implementado, se vier a ser considerado primordial pela nova Escola da Magistratura, a cargo de uma Corte que já evidenciou o seu destino de grandeza.

**Incorporação e recesso na dogmática societária**

**Xavier de Albuquerque**



# INCORPORAÇÃO E RECESSO NA DOGMÁTICA SOCIETÁRIA

**Xavier de Albuquerque**

Ministro aposentado e ex-Presidente do  
Supremo Tribunal Federal

Ex-Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito do Amazonas

Ex-Professor Titular da Universidade  
de Brasília

Advogado

**SUMÁRIO:** I - Direito de recesso: duas palavras como intróito. II - Incorporação e recesso na mutante LSA. A) Lei n. 9.457/1997: antes e depois. B) Formulação defeituosa. C) Lei n. 10.303/2001.

## I - DIREITO DE RECESSO: DUAS PALAVRAS COMO INTRÓITO

1. Pode dizer-se que, salvo exceções de sociedades estritamente familiares, quicá patriarcais, é apenas no seu nascimento que o contrato societário logra reunir unanimidade formadora da vontade negocial. Daí por diante, há de prevalecer — democraticamente, por sinal — o princípio majoritário, cuja atuação implica o predomínio da concordância da maioria sobre a discordância da minoria e, em princípio, a sujeição desta ao quebramento, parcial que seja, de quanto anteriormente pactuado, quebramento que alhures se chamou *turbativa del sinalagma*.<sup>1</sup> “Como regra geral,” — obtempera **Márcia Carla Pereira Ribeiro** — “a minoria deve submeter-se à deliberação da maioria, tendo a possibilidade de permanecer na sociedade ou a opção de alienação de suas ações.”<sup>2</sup>

---

1 Cf. PESUCCI, Stefania Pacchi. *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*. Milano: A. Giuffrè, 1993. p. 84.

2 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Comentários aos arts. 136, 137... in: BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: comentários à lei 10.303., de 31.10.2001*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-114.

Tal seja a índole da alteração majoritariamente deliberada, pode dar-se de os sócios minoritários discordantes não se lhe deverem submeter sem alternativa. Corre-lhes então a possibilidade, concebida pelo Direito sob a expressão, que fez fortuna,<sup>3</sup> “direito de recesso”, de se retirar da sociedade e dela haver o reembolso do valor de suas ações. Seu interesse, “que a lei protege com o direito de retirada, é o de não serem compelidos a continuar como sócios de companhia substancialmente diferente daquela a que se associaram, ao subscreverem ou adquirirem ações”.<sup>4</sup>

Trata-se de concepção feliz, cujo timbre não destoa do que também guarda, como há pouco assinalado, o princípio majoritário que lhe faz *pendant*. Anota-o **Stefania Pacchi Pesucci**, assim: “*Per offrire l’immagine di una struttura organizzativa a base democratica è necessario, allora, il recesso. Il recesso è, così, uno strumento comodo per popolarizzare l’investimento azionario.*”<sup>5</sup>

2. “Il recesso rappresenta così, **prima facie** almeno,” — acentua outra vez **Stefania Pacchi Pesucci** — “*un temperamento posto a questo ampliamento della possibilità di modificare le clausole contrattuali.*”<sup>6</sup>

Variações de linguagem à parte, também colheu adesões a conotação de *temperamento* sublinhada pela doutrinadora italiana. Desde **Vivante**, que o tomou “como um *freio* e um remédio contra o poder ilimitado da assembléia de modificar o próprio estatuto”,<sup>7</sup> tem a doutrina extraído da etiologia do recesso o viés, que o inspira e marca, da *contenção* do princípio majoritário por via da impositiva *compensação* dos seus efeitos. Encarou-o **Comparato**, com propriedade proverbial, “a modo de *contrapeso* ao princípio do governo social pela maioria”,<sup>8</sup> em passagem adotada e reproduzida por **Negi Calixto** e **Edgard Katzwinkel**,<sup>9</sup> além de posteriormente citada por **Newton de Lucca**.<sup>10</sup> E ainda agora, vem **Márcia Carla Pereira Ribeiro** de qualificar o “direito de retirar-se” como “um atributo da minoria” que

<sup>3</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 71, v. 558, p. 33-40, abr. 1982.

<sup>4</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A.**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. 2, p. 340. (parecer de 26.05.1983).

<sup>5</sup> PESUCCI, *op. cit.*, p. 87.

<sup>6</sup> PESUCCI, *op. cit.*, p. 168

<sup>7</sup> *apud* COMPARATO, *op. cit.*, p. 33-40.

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Valor do reembolso no recesso acionário: interpretação do art. 45 da lei das sociedades por ações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 71, v. 563, p. 48-56, set. 1982.

<sup>9</sup> CALIXTO, Negi; KATZWINKEL JÚNIOR, Edgard. Três temas da lei das sociedades anônimas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 75, v. 614, p. 23-32, dez. 1986.

<sup>10</sup> LUCCA, Newton de. O direito de recesso no direito brasileiro e na legislação comparada. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 37, v. 114, p. 7-13, abr/jun. 1999.

consiste em “*compensação* pela não-prevalência do seu entendimento na condução dos negócios da companhia”.<sup>11</sup>

3. Mas do recesso, *remédio* jurídico que também é — já o dissera **Vivante**, como há pouco visto, e o repete qualificada doutrina<sup>12</sup> —, não se pode utilizar sem específica necessidade de ministração. A modo de patologia que lhe justifica e autoriza o uso terapêutico, traduz tal necessidade a *iliquidez* das ações que têm por titular o acionista dissidente e retirante e cujo valor, em razão dela, lhe há de ser reembolsado pela própria companhia. Segundo depõe **Paulo Lucena de Menezes**, “vinte e três Estados americanos adotam o sistema que proíbe o direito de recesso quando as ações dos acionistas minoritários podem ser negociadas livremente no mercado de valores mobiliários. Esta teoria, a rigor, ampara-se no fundamento de que o direito de recesso é desnecessário quando existe um mercado de valores mobiliários aberto.”<sup>13</sup>

“Trata-se” — sentença **Comparato** para outro efeito, mas também aqui utilmente — “de um remédio jurídico e não de um direito material à obtenção de lucros ou vantagens.”<sup>14</sup> “O recesso é meio” — concorda **Rachel Sztajn** — “de o acionista deixar a sociedade, não de fazer lucros às suas custas”;<sup>15</sup> e acrescenta, indagativamente, noutra oportunidade: “Se o acionista tem ‘mecanismos de mercado’ para se desligar da sociedade, por que admitir exerça o recesso e receba da companhia?”<sup>16</sup> Semelhantemente opinam outros especialistas.<sup>17</sup> Daí dizer-se que o “exercício da retirada é direito excep-

<sup>11</sup> RIBEIRO, *op. cit.*, p. 114 — destaque da transcrição.

<sup>12</sup> Cf. COMPARATO, Direito de recesso... *op. cit.*, p. 34; COMPARATO, Valor do reembolso... *op. cit.*, p. 202; PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei n. 7.958/1989 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 29, n. 77, p. 49. jan/mar. 1990; CALIXTO; KATZWINKEL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 28; LUCCA, *op. cit.*, 11; WALD, Arnoldo. Modificações estatutárias não impugnadas tempestivamente: término do prazo de concessão: direito de recesso. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 276, p. 106-113, 1981. (Também publicado na Revista dos Tribunais 564/12 e na Revista de Direito Mercantil 40/29).

<sup>13</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. A disciplina do direito de recesso no Projeto de Lei n. 1.564/1996. **Revista do Direito Mercantil**. São Paulo, ano 36, n. 105, p. 136-133. jan/mar. 1997. Também o registra CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 739, aludindo a “inúmeras leis estaduais” norte-americanas.

<sup>14</sup> COMPARATO, Valor do reembolso... *op. cit.*, p. 202. Aderiram-lhe CALIXTO; KATZWINKEL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 28.

<sup>15</sup> SZTAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades comerciais. **Revista do Direito Mercantil**. São Paulo, ano 27, n. 71, p. 50-54, jul./set. 1988.

<sup>16</sup> Os projetos de alteração da Lei n. 6.404/76. **Revista do Direito Mercantil**. São Paulo, ano 36, n. 107, p. 183-189. jul./set. 1997.

<sup>17</sup> Cf. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. A reforma da lei das sociedades por ações. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 93, v. 340, p. 127-244, out./nov./dez. 1997 e FRONTINI, Paulo Salvatore. Sociedade anônima: direito de retirada, recesso de dissidente, Lei Lobão: um precedente judicial. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 31, n. 86, p. 71-77, abr./jun. 1992.

cional” que a lei apropriadamente limita “quando há possibilidade de fácil negociação das ações do dissidente no mercado”,<sup>18</sup> e se adita que, “existindo tal possibilidade”, recai a preferência normativa na “alienação da ação pelo acionista descontente e não no exercício do direito de retirada.”<sup>19</sup>

Quer-se, enfim, não apenas conter o recesso em limites razoáveis de efetiva necessidade, como também obviar desvios de utilização que terão permitido falar-se — sem embargo do exagero que nisso viu **Mauro Rodrigues Penteado**<sup>20</sup> — em “indústria do recesso”.<sup>21</sup>

4. Contraposta à *iliquidez* que traduz a necessidade do recesso, emerge no prosclênio a *liquidez* das ações que têm por titular o acionista dissidente. Esta, o que revela é a desnecessidade do recesso. Logo, elide o direito que, se configurado, o consubstanciaria. Sua noção se desvela, excelentemente, nesta passagem mutuada a **José Luiz Bulhões Pedreira**:

“Liquidez é a qualidade do bem do patrimônio de ser facilmente conversível em moeda. Nessa metáfora, o estado de substância líquida — que flui, podendo ser transferida de um recipiente para outro e tomar a forma daquele em que se encontra — representa a qualidade de conversibilidade de um bem em moeda.

A moeda é dita capital financeiro líquido porque pode ser trocada por quaisquer outros bens, e o valor financeiro do bem pode ser convertido em moeda mediante troca no mercado. O grau de liquidez do bem é função da probabilidade de conversão: é tão mais líquido quanto mais fácil e mais rapidamente seu valor pode ser realizado em moeda.

Essa conversibilidade pressupõe a existência de mercado no qual o bem seja negociado continuamente em quantidade que autorize a previsão de que, quando ofertado à venda pelo titular, poderá ser trocado por moeda sem perda apreciável em relação ao valor corrente de mercado.

<sup>18</sup> RIBEIRO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>19</sup> RIBEIRO, *op. cit.*, p. 116.

<sup>20</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. Direito de retirada dos acionistas na Lei n. 9.457/1997. In: LOBO, Jorge (coord.). **Reforma da lei das S.A.** São Paulo: Atlas, 1998. p. 100-139.

<sup>21</sup> Cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 355; CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Direito societário e mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 29-37; EIZIRIK, Nelson Laks. **Reforma das S.A. e do mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 25-60, 78, 80; WALD, Arnoldo. A reforma da lei das sociedades por ações. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 52, p. 10-17. fev. 1998; PERIN JÚNIOR, Ecio. A tutela jurídica do acionista minoritário: de acordo com a Lei n. 10.303/2001. **Revista do Direito Privado**. São Paulo, v. 3, n.12, p. 106-130, out/dez. 2002.

A ação é dita líquida quando seu valor pode ser facilmente convertido em moeda mediante venda no mercado (sem perda apreciável de valor), e ilíquida quando essa conversão é difícil, ou impossível.”<sup>22</sup>

5. Outro traço comumente entrevisto no recesso<sup>23</sup> é o de *direito potestativo*.<sup>24</sup>

Explica-o **Comparato**: “É prerrogativa de *poder jurídico lato sensu*, que se opõe ao direito subjetivo pelo fato de comportar uma imissão do titular na esfera jurídica do sujeito passivo. No direito subjetivo em sentido estrito, o titular depende da colaboração do sujeito passivo, que deve fazer ou deixar de fazer algo em benefício daquele. No poder jurídico, ao revés, o outro sujeito é, de fato, totalmente passivo; ele se encontra em situação de ter que sofrer, em sua pessoa ou seu patrimônio, os efeitos jurídicos do exercício do poder. É a *sujeição*. Tal não significa, porém, que após a produção automática desse efeito jurídico em seu patrimônio, ou sua pessoa, não incumba ao sujeito passivo algum dever de cumprir certa prestação, como é o caso do reembolso que se segue ao exercício do recesso societário.”<sup>25</sup>

Daí exercitar-se mediante declaração unilateral de vontade<sup>26</sup> e assumir caráter nitidamente receptício.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Tópico recortado de minuta de peça forense a que teve acesso circunstancial, por cópia, o autor deste exercício.

<sup>23</sup> Ressalve-se a dissidência de RAMOS, Saulo. Descabimento do direito de recesso. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v. 2, n. 5, p. 239-257, maio/ago. 1999.

<sup>24</sup> Cf. BATALHA, Wilson S.C.; RODRIGUES NETO, Silvia Marina L. B. **A nova lei das S.A.** São Paulo: LTr. 1998. p. 114; COMPARATO, Direito de recesso.... **op. cit.**, p. 34; COMPARATO, Valor de reembolso.... **op. cit.**, p. 201; PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei n. 7.958/1989 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 29, n. 77, p. 29-51, jan./mar. 1990; SZTAJN, O direito de recesso.... **op. cit.**, p. 53; OCHMAN, Renato; FORGIÓN, Paula A. Direito de retirada do acionista no “fechamento de capital” de companhia. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 32, n. 90, p. 38-51, abr./jun. 1993; LOBO, Jorge. Direito de retirada nos casos de fusão, incorporação, cisão e participação em grupos de sociedades. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 80, v. 664, p. 43-49, fev. 1991; LOBO, Jorge. Reforma da lei das S.A.: Lei n. 9.457 de 05.05.1997. In: LOBO, Jorge (coord.). **A reforma da lei das S.A.** São Paulo: Atlas, 1998. p. 9-54; ainda LOBO, Jorge. Proteção a minoria acionária. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 36, n. 105, p. 35-36, jan./mar. 1997; PESUCCI, **op. cit.**, p. 76.

<sup>25</sup> COMPARATO, Valor do reembolso.... **op. cit.**, p. 201-202.

<sup>26</sup> Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de retirada e poder de retratação. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 20, n. 44, p. 22-27, out./dez. 1981; SZTAJN, O direito de recesso.... **op. cit.**, p. 53; OCHMAN & FORGIÓN **op. cit.**, p. 45 reportando-se a FERRI, Giuseppe. **Manuale de diritto commerciale**. 4. ed. Torino: Torinese, 1976. p. 441. PENTEADO, A Lei n. 7.958/1989.... **op. cit.**, p. 76.

<sup>27</sup> Cf. GUERREIRO, **op. cit.**, p. 22-25; SZTAJN, O direito de recesso.... **op. cit.**, p. 53; PESUCCI, **op. cit.**, p. 74-85; GABRIELLI, Giovanni; PADOVINI, Fábio. [Verbete recesso]. In: CALASSO, Francesco (coord.). **Enciclopédia Del diritto**. Milão: A. Giuffrè, 1958-1995. v. 39, p. 42.; D’AVANZO, Walter. [Verbete recesso] In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (coord.). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Unione Tip. Editrice Torinese, 1957-1975. v. 14, p. 1.036.

## II - INCORPORAÇÃO E RECESSO NA MUTANTE LSA

### A) Lei n. 9.457/1997: antes e depois

6. Meio século tardou o Brasil, desde quando a Itália o fizera em seu Código do Comércio de 1882, a incorporar o direito de recesso por decreto de 1932. Mantiveram-lhe agasalho o Decreto-Lei n. 2.627/1940 e a Lei n. 6.404/1976, que desde então sucessivamente regularam as sociedades por ações, até que, passado mais que outro meio século, intentou extirpá-lo nas hipóteses de incorporação a Lei n. 7.958/1989, discutibilíssima e discutidíssima por sinal. Já não guarda oportunidade, porque não mais releva — senão, talvez, para fins históricos, aliás nada edificantes —, lembrar a viva controvérsia que se instalou naquela quadra sobre se o último diploma efetivamente alcançara, ou não, o efeito derogatório a que visara.

Os anos 1990 marcaram-se de efervescência reformista da Lei de 1976, geralmente havida como carecedora de ajustes e modificações. No começo da década, anteprojetos da CVM bem trabalhados e discutidos acabaram não vingando. Sucederam-lhes, porém, projetos de lei de iniciativa parlamentar que, iniciados na Câmara dos Deputados e ali fundidos, vieram a desfechar na Lei n. 9.457, de 05.05.1997, que afinal implementou a primeira reforma da precedente LSA.

7. No tocante ao direito de retirada, nesta última disciplinado, a voz autorizada do Professor **Alfredo Lamy Filho** clamou por sua reformulação, criticando-a por havê-lo, mas erradamente, tornado mais amplo do que era sob o Decreto-Lei de 1940.<sup>28</sup>

A reformulação se fez e sobremodo atingiu, contraindo-o, o recesso motivado por incorporação. E nisso atraiu encômios e reservas, quando não abertas censuras. Para **Luiz Leonardo Cantidiano**, “a nova lei resolveu acertadamente a questão, ao restringir o direito de recesso”.<sup>29</sup> Já **Modesto Carvalhosa** sublinhou o que chamou “fragilização” e “neutralização” do direito de recesso, expressões da supressão ampla, que a nova lei operou, de direitos dos acionistas minoritários.<sup>30</sup> De sua parte, **Mauro Rodrigues**

<sup>28</sup> LAMY FILHO, Alfredo. Considerações sobre a elaboração da lei de S.A. e sua necessária atualização. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 35, n. 104, p. 86-94. out./dez. 1996.

<sup>29</sup> CANTIDIANO, A reforma da lei..., *op. cit.*, p. 141.

<sup>30</sup> CARVALHOSA, Modesto. A reforma da lei de sociedade por ações. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 52, p. 28-31, fev. 1998. De “progressiva neutralização desse direito” também falou LUCCA, *op. cit.*, p. 31.

**Penteado** reputou “irrelevantes, em cotejo com os direitos que deles foram subtraídos”, as vantagens trazidas pela lei reformadora aos acionistas não-controladores;<sup>31</sup> e não ficou longe de insinuar contradição entre o declarado “objetivo último” do “Projeto Kandir”, de “incentivar o desenvolvimento do mercado de capitais do Brasil”, e as “draconianas soluções que continha, em desfavor dos minoritários e dos investidores, entre as quais a supressão e redução do direito de recesso”.<sup>32</sup> “Projeto Kandir” que, sem embargo da “significativa melhoria” apontada por **Modesto Carvalhosa** na passagem há pouco citada, que lhe teria propiciado a “Emenda Haully” – como ali designado o substitutivo do Relator na Câmara dos Deputados, Deputado **Luiz Carlos Haully** –, impregnou de seu travo constritor a própria lei finalmente promulgada.

Certo é, repita-se, que, para o bem ou para o mal, fez-se a reformulação. Resumiu-a **Nelson Eizirik** ao relacionar as modificações introduzidas na precedente LSA pela Lei n. 9.457/1997: “– nos casos de incorporação, fusão e participação em grupo de companhias, excluiu o direito de recesso para os titulares de ações de presumida liquidez e dispersão, estabelecendo os parâmetros para a sua determinação”.<sup>33</sup>

**8.** Com as alterações de redação que lhe introduziu aquela primeira reforma, ficou assim regulado o assunto – em disciplina que o tempo mostrou ser não mais que provisória, pois nem chegou a durar um lustro – na Lei n. 6.404/1976:

“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

(...)

II - nos casos dos incisos IV [fusão da companhia, ou sua incorporação em outra] e V [participação em grupo de sociedades], somente terá direito de retirada o titular de ações:

a) que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros; e

<sup>31</sup> PENTEADO, Direito de retirada..., *op. cit.*, p. 101.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>33</sup> EIZIRIK, *op. cit.*, p. 22.

b) de companhias abertas das quais se encontram em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador;

(...).”

## B) Formulação defeituosa

9. Semelhante formulação não podia passar, como não passou, sem explícitos reparos, nem deixar de causar, como efetivamente causou, perplexidade que nutriu ampla divergência interpretativa. Não tanto pelo requisito da alínea **a**, mais facilmente apreensível, quanto por aquele outro, francamente enigmático, da alínea **b**, ambas do inciso II do novo art. 137 da LSA.

Dir-se-ia — talvez com algum exagero — ter sido ela bom exemplo de como não se deve elaborar uma lei. Não será excessivo, porém, dizer-se que constituiu mais um fruto do olímpico desprezo que geralmente se vota, faz tempo e por desgraça, a elementares postulados de técnica legislativa, quando o que se impõe, muito pelo contrário, é cumpri-los religiosamente. Calha bem neste momento a feliz metáfora de **Victor Nunes Leal**: “Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos.”<sup>34</sup> “É, entretanto, lamentável” — deplorou há sessent’anos **Antão de Moraes** — “assinalar que leis bem redigidas rareiem cada vez mais. A regra é o desleixo, a confusão, a imprecisão, os excessos, as lacunas, os erros a monte e a pedir por boca.”<sup>35</sup>

Há de evitar-se a todo custo o flagelo da obscuridade. Já **Montesquieu** advertia que — “*Las leyes no deben ser sutiles: se hacen para gente de entendimiento mediano; han de estar al alcance de la razón vulgar de un padre de familia y del sentido común, sin ser un arte de lógica ni una exposición de sutilezas.*”<sup>36</sup> “A compreensão da mensagem (normativa) contida na comunicação do Direito” — obtempera **Eduardo Vieira Manso** —

<sup>34</sup> LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 7-32.

<sup>35</sup> MORAES, Antão. A má redação de nossas leis: juristas e jurisprudência, renovação e crise de direito, força da tradição e preservação do direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 88, v. 762, p. 777-783, abr. 1999. (Republicação na Seção Memória do direito brasileiro, de discurso anteriormente divulgado na mesma Revista dos Tribunais 163/412-420 e na Revista Forense 110/529-533).

<sup>36</sup> MONTESQUIEU. **Del espíritu de las leyes**. Version castellana de Nicolas Estevanez. Buenos Aires: Albatros, 1942. t. 2, p. 322.



“será tanto mais segura quanto mais sincrônicas forem as palavras e os fatos que elas devem designar.”<sup>37</sup> “A linguagem das leis” — acrescenta noutro passo — “deve ser a mais inequívoca possível”.<sup>38</sup> Em estudo mais recente, **Gilmar Ferreira Mendes** ministra lição coincidente: “O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas sejam pautadas pela precisão e clareza, permitindo que o destinatário das disposições possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Devem ser evitadas, assim, as formulações obscuras, confusas ou contraditórias.”<sup>39</sup> E note-se que semelhantes ensinamentos, além de muitos outros, convergentes, que se lhes poderiam adicionar, não exaurem sua inspiração em puro preciosismo, já de si justificável; embebem-se, também, de oportuno pragmatismo, pois objetivam eliminar “o fardo imposto aos juízes, assoberbados com casos provocados unicamente pela redação obscura da fórmula legislativa”, que **Filippo Vassali** precedentemente assinala.<sup>40</sup>

10. “*El estilo debe ser conciso*”, propugnou **Montesquieu** noutra linha de orientação. E acrescentou: “*Además de lacónico, el estilo de las leyes ha de ser sencillo: la expresión directa se comprende siempre mejor que la figurada.*”<sup>41</sup> Retomando-lhe a lição, **Victor Nunes Leal** também escreveu: “A lei destina-se a ser entendida pelo maior número de pessoas. Há de ser, pois, concisa, clara, simples, escrita tanto quanto possível no estilo direto. (...) As primeiras recomendações de **Montesquieu** sobre a feitura das leis referiam-se a esse aspecto...”<sup>42</sup> E outro tanto faz **Pinto Ferreira**: “O estilo das leis deve ser simples, como relembra **Montesquieu**, a expressão *direta* devendo ser preferida, pois nada é melhor do que apreender diretamente o sentido das leis.”<sup>43</sup>

Igualmente reverenciando o clássico de Bordéus, **Antão de Moraes** objurgou nas leis aqueles “dispositivos que se estorturam em tremendas

37 MANSO, Eduardo Vieira. O léxico jurídico. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 9, n. 33, p. 96-104, jul./set. 1985.

38 *Ibid.*, p. 102.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 255-271, 1993. Também publicado na *Ajuris* 53/114-138 e nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 2/36.

40 VASSALI, Filippo. A missão do jurista na elaboração das leis. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 148, n. 601/602, p. 50-57, jul./ago. 1953.

41 MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 320.

42 LEAL, *op. cit.*, p. 320.

43 FERREIRA, Pinto. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 23, n. 89, p. 169-198, jan./mar. 1986.

contorsões, dando triste amostra de que se estirou ao máximo o direito que todos têm de usar com cautela a ordem inversa. (...) E nada mais necessário de ser imediatamente apreendido do que o sentido das leis. No entanto, rara é hoje a cláusula legislativa que se consegue compreender sem penoso esforço, graças, em boa parte, ao abuso e falta de gosto e tacto no emprego da ordem inversa.”<sup>44</sup> De sua parte e modernamente, **José de Queiroz Campos** aconselha que se evite, para obter-se a clareza das leis, “o exagero da ordem inversa”.<sup>45</sup>

11. Bem se vê que a nada disso acudiu a formulação defeituosa de que estamos a cuidar, que a um tempo enfeou a lei e obnubilou seu significado. Não havia benevolência, de resto, que bastasse para titulá-la ao perdão por se haver descaminhado para a disciplina da matéria — como anotou o Professor **Alfredo Lamy Filho** — “sob a forma de duas negativas”.<sup>46</sup>

Quicá se devessem tais defeitos à índole circunstancial da lei — notadamente no relativo à compressão, perseguida a todo custo, do direito de recesso, em hipóteses nas quais se tornara incômodo em perspectiva macroeconômica — e à precipitação com que discutida (?) e aprovada a versão finalmente prevalecente. Desses dois pontos sabidamente trataram, e alguns o fizeram acremente, vários articulistas cujo rol faz-se dispensável compor e documentar neste momento. “As leis feitas de afogadilho,” — censurou **Victor Nunes Leal** com cabível severidade — “para atender a certas situações mais prementes, são as maiores responsáveis pela mutilação dos institutos jurídicos.”<sup>47</sup> Embora compreendendo que “as exigências da vida moderna não só impõem ao legislador um dever de agir, mas também lhe cobram uma resposta rápida e eficaz aos problemas que se colocam”, faz-lhe companhia **Gilmar Ferreira Mendes**: “É exatamente a formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade etc.”<sup>48</sup>

<sup>44</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 780.

<sup>45</sup> CAMPOS, José de Queiroz. **A arte de elaborar a lei**. 2. ed. Rio de Janeiro. Verbete, 1972. p. 19. *apud* FONSECA, A. Carlos. Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 19, n. 75, p. 137-176. jul./set. 1982.

<sup>46</sup> LAMY FILHO, Alfredo. Folha 06 de parecer de 20.04.1999, aparentemente não publicado, a que teve acesso circunstancial, por cópia, o autor deste exercício.

<sup>47</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 24.

<sup>48</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 115.

Dir-se-ia universal o fenômeno, o que todavia não nos pode dar consolo porque nem por isso é menos deplorável. Com efeito, relata **Filippo Vassali** que, no concernente à Grã-Bretanha, **Boutmy** e **Dicey** “lâncam acusações bastante graves contra as leis que, segundo eles, são por demais sujeitas ao ímpeto do momento, não levando suficientemente em conta nem princípios gerais, nem a própria lógica.”<sup>49</sup> Relativamente à sua Itália, reporta: “Não há instância alguma, inclusive a Suprema Corte, que não tenha, todos os dias, de levantar a sua pedra de Sísifo, que consiste em dar um sentido e uma ordem a matérias regulamentadas com precipitação”.<sup>50</sup>

Dar sentido e ordem a composições normativas mal-ajambradas — ao revés de se lhes submeter acriticamente e passivamente — é papel do intérprete do Direito. Cabe-lhe recompor, idealmente que seja, o que descomposto se mostre, para poder extrair dessa restauração “estética” o significado que racional e logicamente se lhe deva atribuir. Como anotou **Mauro Rodrigues Penteado**, o “critério de dispersão” delineado na alínea **b** do inciso II do art. 137 “exige que se o reescreva, para permitir seu correto entendimento”.<sup>51</sup>

12. É bem verdade — encerrando-se a digressão irreprimível e voltando-se à formulação defeituosa que a todos afligiu — que a terão inspirado, no próprio nascedouro, inegáveis bons propósitos. Quando por primeiro concebeu, e *unicamente*, o requisito que depois se inscreveu na dita alínea **a**, o mencionado Relator na Câmara dos Deputados justificou assim — até aí, aceitavelmente<sup>52</sup> — sua inserção no substitutivo oferecido: “A nova redação é mais objetiva e define com precisão os destinatários do direito de retirada nos casos de fusão da companhia, ou sua incorporação em outra.”<sup>53</sup> Posteriormente, porém, já apensado o projeto a outro, que o antecederia, novo parecer e novo substitutivo ofereceu o mesmo Relator, agora inserindo também o *segundo* requisito que a alínea **b** — com pequena mas significativa supressão — passou a abrigar. E continuou a utilizar, para justificação de *ambos* e

49 VASSALI, *op. cit.*, p. 51.

50 *Ibid.*

51 PENTEADO, *Direito de retirada...*, *op. cit.*, p. 132.

52 Ressalve-se a crítica de Mauro Rodrigues Penteado na obra acima citada, para quem a redação, mesmo a relacionada com esse primeiro requisito, “poderia ter sido mais precisa”.

53 HAULY, Luiz Carlos. Projeto de Lei n. 1.564 de 1996: parecer e substitutivo apresentado à Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, ao projeto de lei de autoria do Deputado Antonio Kandir. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 36, n. 105. p. 159-182, jan./mar. 1997.

inobstante a impactante enxertia, a mesma idéia, já tornada imprópria, de ser a redação mais objetiva e precisa.<sup>54</sup>

Vã ambição, portanto, a do legislador, conquanto bem intencionada. Donde os reparos já aludidos, que mereceu dos estudiosos. **Newton de Lucca** tachou de “ambíguos” os critérios utilizados.<sup>55</sup> A redação “no mínimo, ambígua”, também referiu-se **Francisco Antunes Maciel Müssnich**.<sup>56</sup> De “redação meio torta” falou, a propósito do censurado inciso II, **José Edwaldo Tavares Borba**.<sup>57</sup> Mais direto, **Mauro Rodrigues Penteado** não hesitou em tachar a redação de “tortuosa”.<sup>58</sup> Compreensivelmente discretos e cerimoniosos, **Alfredo Lamy Filho** registrou ser a nova lei objeto “de novos e maiores questionamentos pelas notórias impropriedades redacionais”,<sup>59</sup> ao passo que **José Luiz Bulhões Pedreira** anotou que o mesmo inciso II “tem ensejado diversas interpretações porque sua redação é, inquestionavelmente, imperfeita.”<sup>60</sup>

Discrição e cerimônia à parte, não houve negar que a redação foi francamente lastimável, por túrgida e obscura. Daí que as tentativas de decifração da Esfinge puseram em dissidência, sob prismas relevantes, reputados especialistas.

**13.** Um desses aspectos, de índole mais geral, disse com “a relação entre as normas das duas alíneas, variando as opiniões dos intérpretes se são: — a) alternativas — bastando que o titular da ação se enquadre em uma delas para que tenha o direito de retirada; — b) cumulativas, caso em que somente tem direito de retirada o titular de ação que se enquadre simultaneamente nas duas normas; ou — c) complementares, no sentido de que a alínea **b** confere o direito de retirada a titular de ação que, segundo a norma da alínea **a**, não teria esse direito.”<sup>61</sup>

<sup>54</sup> HAULY, Luiz Carlos. Parecer e substituto ao PL n. 622, de 1995, apresentado à CEIC/CD e consultados em cópia obtida na Câmara dos Deputados.

<sup>55</sup> LUCCA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>56</sup> MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel. Reflexões sobre o direito de recesso na minirreforma da lei das sociedades por ações. In: LOBO, Jorge (coord.). **A reforma da lei das S.A.** São Paulo: Atlas, 1998. p. 79-84.

<sup>57</sup> BORBA, *op. cit.*, p. 353, nota 6.

<sup>58</sup> PENTEADO, Directo de retirada.... *op. cit.*, p. 132.

<sup>59</sup> LAMY, Parecer de 20.04.1999...., *op. cit.*, folha 5.

<sup>60</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Passagem recortada da folha 12 da minuta da peça forense anteriormente citada.

<sup>61</sup> *Ibid.*, folha 16.

Pela relação de *alternatividade* pronunciaram-se **Modesto Carvalhosa**,<sup>62</sup> **Nelson Eizirik**,<sup>63</sup> **José Edwaldo Tavares Borba**<sup>64</sup> e **Francisco Antunes Maciel Müssnich**.<sup>65</sup>

Pela de *cumulatividade*, ao revés, manifestaram-se **Luiz Alberto Colonna Rosman**<sup>66</sup> e **Paulo Afonso de Sampaio Amaral**.<sup>67</sup> Embora entendendo desnecessário ingressar na discussão teórica, **Saulo Ramos** pareceu optar, também, por este endereço doutrinário.<sup>68</sup>

Por nem serem alternativas, nem cumulativas, mas *complementares* uma à outra, propugnaram **Alfredo Lamy Filho** e **José Luiz Bulhões Pedreira** e nisso remontaram a momentos da elaboração legislativa, notadamente o “Projeto Kandir” e a emenda, dita de redação e como tal aprovada, com a qual se intercalou entre as duas alíneas a conjunção “e”.

“Indo o projeto ao Senado,” — registrou **Lamy** — “o Relator, Senador José Serra procurou restaurar a inspiração original do Projeto Kandir que excluía do recesso as ações que ‘embora admitida a negociação nos mercados’ ‘*encontram-se em situação de iliquidez*’ e para isso acrescentou um **e** entre os itens **a** e **b** (Emenda n. 2) deixando expresso que as duas hipóteses A e B não são alternativas, mas, sim, *complementares*, como estava no projeto original do deputado Kandir, e na exposição que o precedeu”.<sup>69</sup> Semelhantemente expôs **José Luiz Bulhões Pedreira**: “No projeto do Deputado Kandir, a complementariedade era expressa: a alínea **a** conferia direito de retirada apenas aos titulares de ações de companhias fechadas e a alínea **b** acrescentava que também tinham esse direito os titulares de ações de companhias abertas que se encontrassem em situação de iliquidez, tal como definida pela CVM. A complementariedade era explicitada pela redação da norma da alínea **b**: tinha direito de retirada o titular de ações que, ‘*embora admi-*

62 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 9.457 de 5 de maio 1997. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2. p. 737.

63 EIZIRIK, *op. cit.*, p. 353. Mais explicitamente: Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 37, n. 113, p. 124-129, jan./mar. 1999.

64 BORBA, *op. cit.*, p. 353.

65 MUSSNICH, *op. cit.*, p. 79.

66 ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Modificações na lei das S.A.: com destaque para o art. 17, breves comentários à Lei n. 9.457/1997. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 94, n. 341, p. 161-192, jan./mar. 1998.

67 AMARAL, Paulo Afonso de Sampaio. O direito de recesso na incorporação, fusão, cisão e participação em grupo de sociedades. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 52, p. 44-53, fev. 1998.

68 RAMOS, *op. cit.*, p. 247 e 249.

69 PEDREIRA, *op. cit.*, folhas 8/9.

*tidas à negociação nos mercados referidos na alínea anterior*, se encontrassem em situação de iliquidez.” E prosseguiu: “O substitutivo do Deputado Haully não reproduziu essa frase da alínea **b**, e como não continha a conjunção aditiva ‘e’ no final da alínea **a**, ensejava dúvidas de interpretação que foram eliminadas pela emenda de redação do Senado Federal, tornando incontestada a proposição de que as duas normas *não são alternativas*.”<sup>70</sup>

**14.** Sobre o requisito da alínea **a** do inciso II não se registraram, como fora previsível — mais facilmente apreensível que ela era, qual a definimos precedentemente —, dissidências carecedoras de menção.

Algun autor a andou treslendo, mas por evidente lapso e sem conseqüências, com impropriamente aludir a “ações admitidas”. Como estava claro, aí sim, no texto legal, o atributo da *admissão* a negociação em bolsas de futuros era exigido aos próprios índices gerais, não às ações integrantes das carteiras teóricas que eles representam. “Diferentemente” — preleciona **Arnoldo Wald** — “do que ocorre com o mercado futuro de ações, por exemplo, no mercado futuro de índices, o objeto negociado não é constituído por ações de uma empresa determinada, mas por um índice, que significa uma carteira teórica de ações, ou seja, uma realidade abstrata.”<sup>71</sup>

**15.** O que comportou realce, neste particular, foi o entendimento incontestado de que a integração em índice geral, que o texto legal valorizou como indicativo de liquidez das ações de que fosse titular o acionista dissidente, apurava-se levando em conta a espécie ou classe dessas mesmas ações, se fossem de diferentes espécies e classes as emitidas pela companhia.

Observou **Nelson Eizirik** que “não é a companhia que integra o índice, mas as ações por ela emitidas que são dotadas de maior liquidez.”<sup>72</sup> O autor ilustrou a observação: “Assim, por exemplo, a companhia *X* pode ter todas as ações preferenciais de sua emissão integrando o índice, ou apenas uma classe delas, embora as ações ordinárias não façam parte do índice.” E concluiu: “A exclusão do direito de recesso refere-se apenas aos titulares das ações (da

<sup>70</sup> Passagem recortada da fl. 17 da minuta de peça forense anteriormente citada.

<sup>71</sup> WALD, Arnaldo. O mercado futuro de índices e os valores imobiliários. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, ano 24, n. 57, p. 5-18, jan./mar. 1985.

<sup>72</sup> A fonte vai indicada logo adiante. Abre-se esta nota para registrar que, recortada da fl. 14 da minuta de peça forense anteriormente citada, **José Luiz Bulhões Pedreira** fez observação coincidente: “Cabe destacar que o que integra o índice de bolsa de valores *não são companhias, e sim determinadas espécies e classes de ações de companhias*. (...) Para aplicar a norma da alínea **a** ... a um caso concreto não basta, portanto, saber se a companhia emissora da ação consta do índice — há que *verificar se a espécie e classe da ação integram o índice*.”

espécie ou classe) que integrem o índice. Se a companhia X tem ações ordinárias e ações preferenciais das classes A, B e C e somente as preferenciais da classe C integram o índice Ibovespa, o direito de recesso, por ocasião de fusão ou incorporação, somente pode ser negado aos titulares das ações preferenciais da classe C.”<sup>73</sup> Propugnando a mesma compreensão, disse **Paulo Afonso de Sampaio Amaral**, para finalizar o exame do tema, “que o que importa é que a espécie de ação em causa integre ou não o índice.” E exemplificou: “A preferencial do Bradesco e da Acesita compõem o índice, por exemplo, como se pode ver do exame da composição da carteira teórica do Ibovespa vigorante neste quadrimestre, mas as respectivas ordinárias não. Aquelas companhias não poderiam então opor-se ao pedido de recesso de um minoritário titular de ordinárias, porque as suas preferenciais integram o Ibovespa.”<sup>74</sup>

Na mesma linha opinaram **José Luiz Bulhões Pedreira** e **Luiz Carlos Piva**, *verbis*: “O índice ‘Ibovespa’ é constituído com base em carteira que compreende determinadas espécies e classes de ações de cada companhia, e não todas as ações de cada companhia.”<sup>75</sup>

Nem pudera ser de outro modo, pois a carteira teórica do Ibovespa — único admitido a negociação em bolsas de futuros — integrava-se geralmente de ações de diferentes espécies, ordinárias ou preferenciais, mas também, quanto a algumas companhias, de ações de ambas as espécies, ordinárias e preferenciais.<sup>76</sup>

**16.** Aflitivo e conflituoso mostrou-se, ao contrário, o esforço por decifrar o requisito da alínea **b** do multicitado inciso II. Aqui, o principal dos escolhos consistiu em assentar se — à maneira do que ocorria, e foi há pouco mostrado, com o requisito da alínea **a** — também se devia apurá-lo levando em conta a espécie ou classe das ações de que fosse titular o acionista dissidente, se de diferentes espécies e classes eram as emitidas pela companhia.

Ainda enfocando o problema, àquela altura, para a aplicação do referido inciso II em sua integralidade, **José Luiz Bulhões Pedreira** e **Luiz Carlos Piva** identificaram sua “primeira questão” na determinação de “se a

<sup>73</sup> EIZIRIK. Notas sobre o direito de recesso.... *op. cit.*., p. 127.

<sup>74</sup> AMARAL, *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>75</sup> Fl. 3 de parecer de 02.12.1998, a que teve acesso circunstancial, por cópia, o autor deste exercício.

<sup>76</sup> Cf. AMARAL, *op. cit.*, p. 48.

satisfação dos requisitos para que o acionista tenha o direito de retirada, constantes das alíneas **a** e **b**, é verificada com relação a cada espécie e classe de ações, ou ao conjunto de todas as ações da companhia.”<sup>77</sup>

17. Boa parte das lições doutrinárias de então respondeu afirmativamente, ou seja, pela adoção da primeira das duas alternativas lançadas ao final da transcrita passagem de **Bulhões e Piva**.

Para **Mauro Rodrigues Penteado**, o dispositivo dava “a equívoca impressão de que é irrelevante que estejam dispersas 50% das ações preferenciais ou ordinárias, isoladamente ou em suas várias classes.” Rebateu-a, porém, o monografista: “Essa impressão se desfaz mercê da interpretação teleológica da lei, pois esta criou outra ‘válvula de escape’, em lugar do direito de recesso, que não pode ser estreitada mais ainda em detrimento dos não-controladores, o que conduz à conclusão de que a dispersão deverá ser verificada em relação a cada espécie e classe de ações.”<sup>78</sup>

Em sua qualidade de Diretor Jurídico da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), **Pedro de Abreu Mariani** palmilhou a mesma senda. “É evidente” — escreveu — “que a referência às expressões ‘total das ações por elas (companhias abertas) emitidas’ e ‘todas as ações da companhia’ devem ser interpretadas em conexão com a ‘espécie’ ou ‘classe’ prejudicada e, no entender da CVRD, jamais poderiam se referir a um universo de ações que resulte por esvaziar o direito de retirada, até porque uma companhia pode ter diferentes classes e espécies de ações, algumas com liquidez, outras não, algumas com dispersão, outras não”.<sup>79</sup>

Pronunciou-se a respeito, provocado por **Mariani**, o Professor **Alfredo Lamy Filho**, nestes termos: “Mas a liquidez só pode ser verificada em relação a cada espécie ou classe de ação, seja na alínea **a** porque integra índices gerais de bolsas de futuros, seja na alínea **b** por estarem em circulação mais da metade do total em cada classe das ações da companhia, menos as do controlador. — À objeção de que na alínea **b** não há referência à espécie ou classe da ação, cabe referir que também na alínea **a** não existe tal referência, e a ninguém ocorreu sustentar que ela é dispensável. Em realidade, essa

<sup>77</sup> Fl. 3 de parecer de 02.12.1998, anteriormente citado.

<sup>78</sup> PENTEADO, Direito de retirada.... *op. cit.*, p. 133. Na nota 31, o autor invoca o ensinamento coincidente de Nelson Eizirik, a que ainda se fará alusão.

<sup>79</sup> Fl. 2/12 da carta-consulta de 22.03.1999 ao Professor **Alfredo Lamy Filho**, a que teve acesso circunstancial, por cópia, o autor deste exercício.



especificação por ser óbvia, em ambas as alíneas está subentendida, para que façam sentido.”<sup>80</sup> Ao encerrar seu pronunciamento, pontou que “o dispositivo em questão só exclui o direito de recesso, em caso de incorporação quando as ações da mesma espécie e classe gozam de liquidez nas Bolsas, de forma que o dissidente possa negociá-las se o desejar. A negociação existente com outras espécies ou classes de ações, por maior que seja a dispersão, não produz o efeito de revogar o direito essencial de recesso das ações não negociadas.”<sup>81</sup>

Vale ainda transcrever, para encerrar o rol de lições convergentes, a manifestação de **José Luiz Bulhões Pedreira**. Ei-la: “A experiência demonstra que o número das ações da mesma espécie e classe da companhia que circulam no mercado é fator importante da sua liquidez: se a quantidade é pequena, a ação é ilíquida. — As ações da mesma companhia que tem mais de uma espécie ou classe negociadas no mercado têm graus de liquidez diferentes, e umas podem ser líquidas e outras ilíquidas. Nesta hipótese, o cálculo de um grau médio de liquidez de todas as espécies de ações é uma abstração estatística, sem nenhuma representação da realidade, porque inferior ao dos títulos mais líquidos e superior aos dos menos líquidos. Assim, se a companhia tem ações ordinárias e preferenciais negociadas em bolsa, somente podemos apurar e representar separadamente a liquidez de cada espécie, e não faz sentido falarmos de liquidez do conjunto de todas as ações.”<sup>82</sup>

**18.** Em sentido contrário pronunciaram-se outros doutores. Segundo **Paulo Afonso de Sampaio Amaral**, “diferentemente do que acontece em relação ao índice de não-liquidez anterior [alínea **a** do inciso II], em que é necessário saber a espécie ou classe de ação que integra a carteira, para determinar a quantidade de ações em circulação no mercado, despreza-se a eventual diferença de espécie ou classe entre as ações do controlador e as que estão no mercado. A regra legal para calculá-la é: ‘todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador’, independentemente de ele possuir ou não ações da mesma espécie ou classe das que são negociadas no mercado.”<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Fl. 9 do parecer de 20.04.1999, anteriormente citado.

<sup>81</sup> Fl. 13 do parecer acima.

<sup>82</sup> Passagem recortada da fl. 11 da minuta de peça forense anteriormente citada.

<sup>83</sup> AMARAL. *op. cit.*, p. 49.

A essa diretriz aderiu **Saulo Ramos**, que disse: “Ora, a lei, ao presumir **juris et de jure** o critério de entendimento sobre ‘circulação no mercado’, representa o claro significado verbal: todas as ações emitidas pela Companhia, menos aquelas de propriedade do acionista controlador. — Não traz em sua expressão verbal qualquer limitação ou adjetivação ao substantivo ‘ações’. O termo ações aparece, assim, sem quaisquer limitações de significado. Não pode, pois, como acentua, com razão, o Professor **Arnoldo Wald**,<sup>84</sup> a expressão contida na lei — ‘total das ações emitidas pela Companhia’ — sofrer distinções, muito menos ser substituída para ‘o total das ações de cada classe ou espécie (por ela emitidas)’.”<sup>85</sup>

**19.** Comporta especial registro, por fim, a posição de **Nelson Eizirik** a propósito da questão. O acatado especialista integrou, a princípio, a primeira das correntes, resenhada pouco atrás (n. **17**, *supra*). “O critério de dispersão” — escreveu em livro dedicado ao estudo da reforma operada pela Lei n. 9.457/1997 — “*não se relaciona apenas às ações ordinárias, com pleno direito de voto; referindo-se a Lei ao ‘total das ações emitidas’, fica claro que podem ser ordinárias ou preferenciais, sem direito de voto.*” E a seguir, esclarecedoramente: “Para que seja validamente suprimido o direito de recesso é necessário que mais da metade das ações de cada classe ou espécie esteja em circulação no mercado.”<sup>86</sup>

Esse seu ensinamento deu suporte explícito ao de **Mauro Rodrigues Penteado**, que já reproduzimos (n. **17**, segundo parágrafo, *supra*), e também pareceu colher a adesão de **Newton de Lucca**, que lhe transcreveu o primeiro dos tópicos que vimos de registrar no parágrafo imediatamente anterior.<sup>87</sup> Foi ele reiterado pelo autor em trabalho subsequente e voltado para o exame do direito de recesso no contexto da reforma, no qual também inseridas, tal e qual, as passagens de que logo acima nos servimos.<sup>88</sup>

Em novo e terceiro estudo, todavia, o doutrinador desertou da corrente a que reiteradamente aderira. Assim explicou a apostasia: “Reconhecemos

<sup>84</sup> Parece referir-se a parecer noticiado ao longo do trabalho, que o respeitado jurista e professor teria exarado; mas, aparentemente não publicado, de conteúdo que o autor deste exercício não logrou conhecer.

<sup>85</sup> WALD, *op. cit.*, p. 248.

<sup>86</sup> EIZIRIK, Reforma das S.A. & mercado..., *op. cit.*, p. 73.

<sup>87</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>88</sup> EIZIRIK, Reforma das S.A. e direito de ..., *op. cit.*, p. 75. Também publicado em LOBO, *op. cit.*, p. 145-155.

ter incorrido em contradição ao comentarmos o referido dispositivo legal (“Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais”, **cit.**, p. 77) que agora pretendemos corrigir, uma vez que ora nos referíamos ao total das ações, ora às ações de cada espécie ou classe, parâmetro somente aplicável, conforme aqui analisado, à hipótese prevista na letra **a** do inciso II do art. 137.”<sup>89</sup> Segundo sua nova compreensão, “se o acionista controlador, ou grupo de controladores, em conjunto com os administradores, detêm, direta ou indiretamente, menos da metade do total das ações da companhia, *independentemente da espécie ou classe*, presume-se que esteja atendido o requisito de *dispersão* das ações, podendo ser legitimamente negado o direito de recesso ao acionista dissidente da deliberação de incorporação ou fusão da companhia.”<sup>90</sup> “O dispositivo legal, na realidade,” — ponderou pouco adiante — “não poderia exigir que mais da metade de cada espécie ou classe de ações estivesse dispersa no mercado, sob pena de transformar-se, no caso das ações ordinárias, em letra morta.”<sup>91</sup>

**20.** Ninguém duvidaria certamente de que o ponto nodal da questão situava-se em terem relevância e deverem ser consideradas, ou não na terem e deverem ser desprezadas na aferição desse segundo indicativo legal de liquidez, que se costumava designar por *dispersão*, a espécie ou classe das ações de que fosse titular o acionista dissidente, se a companhia as houvesse emitido de diferentes espécies e classes.

Após detida reflexão, convencemo-nos de ser à corrente afirmativa que assistia procedência (n. **17**, *supra*). Suas próprias razões de sustentação, que escusa repetir, foram alicerce de nosso convencimento.

A corrente negativista, que se lhe opunha (ns. **18** e **19**, *supra*), parece-nos que se deixava impregnar de *literalismo* demasiado e até servil, que só não o seria se fosse diáfana e racional — o que ninguém duvidava, por igual, de que não ocorresse — a *letra da lei* a que assim se prestava tão cega vassalagem.

Entendida esta, porém, **civili modo** e com resguardo dos bons princípios, a outra hermenêutica, aquela propugnada pela corrente afirmativa, é que se podia e devia chegar, e não à perfilhada pela corrente negativista.

<sup>89</sup> EIZIRIK. Notas sobre o direito de recesso..., **op. cit.**, p. 127, nota 6.

<sup>90</sup> EIZIRIK, **op. cit.**, p. 127; itálico do original e sublinhas da transcrição.

<sup>91</sup> EIZIRIK, **op. cit.**, p. 128.

### C) Lei n. 10.303/2001

21. Outro passou a ser, como é sabido, desde fins de 2001, o quadro normativo passível de exegese. À reforma da LSA de 1997, que se traduzira na Lei n. 9.457, de 05 de maio, veio a suceder — menos de um lustro depois, como já acentuado (n. 8, *supra*) — a de 2001, de alcance societário muito maior e, além disso, também abrangente da Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei n. 6.385, de 07.12.1976), reforma esta consubstanciada na Lei n. 10.303, de 31.10.2001.

Semelhante proximidade temporal entre uma e outra reformas pode explicar-se por motivos de diferente índole. Um, quiçá designável por *estrutural*, terá residido, ao menos na perspectiva do direito de recesso aqui focalizado, no que **Modesto Carvalhosa** e **Nelson Eizirik** apontaram como “conduta volúvel dos sucessivos legisladores quanto ao alcance e aos objetivos do instituto.”<sup>92</sup> Outro, a que talvez caiba o rótulo de *conjuntural*, terá repousado na “evidente preocupação” — consoante tópicos mutuados a **Daniela Gomes Alonso** — “com as funestas conseqüências que a reforma legal de 1997 poderia trazer para o nosso mercado de capitais, afugentando os investidores que viram sua proteção legal reduzida, num mercado já altamente concentrado”, e que “fez com que, logo em seguida, se iniciasse um novo processo de reforma, que após longa tramitação legislativa culminou com a edição da Lei n. 10.303/2001.”<sup>93</sup> Daí afirmar esta mesma monografista: “A reforma da lei das sociedades anônimas que culminou com a promulgação da Lei n. 10.303/2001, já vinha sendo discutida desde a promulgação da Lei n. 9.457, de 05.05.1997.”<sup>94</sup>

É como se as duas leis sucessivas não houvessem veiculado, a rigor, autônomas reformas, mas traduzido *fases*, conglobadas num só **processus**, de uma mesma e compósita reforma<sup>95</sup> em que talvez coubesse integrar, também, a despeito de havermo-nos esquivado de considerá-la neste ensejo (n<sup>o</sup>

<sup>92</sup> CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 265.

<sup>93</sup> AFONSO, Daniela Gomes. Parecer CVM de 16.04.2002: critérios para a eleição de membros do Conselho de Administração de S/A aberta, após a Lei n. 10.303/2001. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, ano 41, n. 126. p. 193-216, abr./jun. 2002.

<sup>94</sup> *ibid.*, p. 206.

<sup>95</sup> Dando suporte à conjectura do texto, **Ecio Perin Júnior** (*ob. cit.*, p. 129) alude à “reforma da Lei das Sociedades por Ações, iniciada em 1997 e concluída com a promulgação da Lei 10.303, de 31.10.2001”.

6, primeiro parágrafo, *supra*), a tristemente célebre Lei n. 7.958, de 20.12.1989. Esta eventualidade, de todo modo, imporá acudir-se ao acre reparo de **Modesto Carvalhosa** e **Nelson Eizirik**: “As modificações constantes verificadas no direito de recesso a partir de 1989 constituem um reflexo de sua indevida utilização como instrumento de política governamental: ora é enfraquecido para viabilizar ou reduzir os custos da privatização, ora é fortalecido, como ocorre com a Lei n. 10.303/2001, para aumentar o valor de posições acionárias minoritárias do governo federal.”<sup>96</sup> “Não é necessário dizer” – acrescentaram estes juristas – “que essa *ciclotimia legislativa* é extremamente danosa”.<sup>97</sup>

22. No que concerne especificamente ao tema deste exercício desprezioso, assim ficou deduzida, em quadro comparativo das versões de 1997 e de 2001, abaixo lançado, a disciplina respectiva, incorporada à LSA:

### Lei n. 6.404/1976

Redação da Lei n. 9.457, de 05.05.1997	Redação da Lei n. 10.303, de 31.10.2001
<p>Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior <b>quorum</b> não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:</p> <p>(...)</p> <p>IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra;</p> <p>(...)</p> <p>Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI do art 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:</p> <p>(...)</p> <p>II - nos casos dos incisos IV e V, somente terá direito de retirada o titular de ações:</p> <p>a) que não integrem índices gerais representativos de carteiras de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros; e</p> <p>b) de companhias abertas das quais se encontram em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em</p>	<p>(sem alteração)</p> <p>(...)</p> <p>(sem alteração)</p> <p>(...)</p> <p>Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do artigo 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:</p> <p>(...)</p> <p>II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:</p> <p>a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários</p>

<sup>96</sup> CARVALHOSA; EIZIRIK. *op. cit.*, p. 272.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 272.

<p>circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador;</p> <p>(...)</p> <p>V - o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembléia geral;</p> <p>(...)</p> <p>§ 3º Nos dez dias subsequentes ao término do prazo de que trata o inciso III do <b>caput</b> deste artigo, contado da publicação da ata da assembléia-geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.</p>	<p>admitido à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e</p> <p>b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação;</p> <p>(...)</p> <p>VI - o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembléia geral.</p> <p>(...)</p> <p>§ 3º Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do <b>caput</b> deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembléia geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.</p>
--	---

**23.** A qualidade do novo texto legal supera de longe, como é prontamente perceptível, a do que o precedeu e atraiu, ao seu tempo, censuras tão severas (ns. **9 usque 12**, supra).

Enaltece-o a doutrina ao registrar que, com ele, “o legislador procura aperfeiçoar o instituto do direito de retirada, ao mesmo tempo em que elimina algumas dúvidas e divergências dos doutrinadores sobre o tema.”<sup>98</sup> Circunscrita embora à do atual inciso I do art. 136, não propriamente incluído no roteiro deste périplo, faz-se-lhe a lisonja de qualificar como “mais técnica” a redação do dispositivo.<sup>99</sup>

Mas nem sempre a lei reformadora, no seu todo, constitui alvo do enaltecimento doutrinário. Critica-a, ao invés, relativamente à forma de preenchimento dos cargos do conselho de administração, objeto do novo § 4º do art. 141 da Lei Societária, **Daniela Gomes Alonso**, para quem, de um lado, “a má redação dos dispositivos dificultou o entendimento, dando margem a sérias dúvidas”,<sup>100</sup> e, de outro, “faltou ao legislador o rigor técnico

<sup>98</sup> Cf. CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da lei das S.A. comentada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158.

<sup>99</sup> Cf. RIBEIRO, **op. cit.**, p. 109.

<sup>100</sup> ALONSO, **op. cit.**, p. 200.

necessário no tratamento das matérias”.<sup>101</sup> Daí falar a comentarista nas “impropriedades técnicas do novo texto legal, que quebram o rigor sistemático com que foi elaborado o Diploma de 1976”.<sup>102</sup>

**24.** Segundo a disciplina agora imposta à hipótese de incorporação da sociedade em outra (além de à de participação em grupo de sociedades), falece direito de recesso ao titular de ação que tenha *liquidez e dispersão* no mercado (inciso II do art. 137 da LSA; texto no quadro do n. **22**, *supra*). Falece-lhe tal direito, obviamente, por prescindir dele o acionista dissidente (n. **3**, *supra*).

De quando se considera presente cada qual desses dois atributos, cuida também, agora inteligivelmente,<sup>103</sup> a mesma preceituação (alíneas **a** e **b** do dito inciso II do art. 137; textos no quadro do n. **22**, *supra*).

Ditos atributos da(s) ação(ões) do acionista dissidente não constituem novidade. Não os nominava, é certo, o texto resultante da Lei n. 9.457/1997; mas não é menos certo que conceptualmente, conquanto defectivamente, os contemplava (textos no quadro do n. **22**, *supra*). O novo texto, de 2001, como anota **Márcia Carla Pereira Ribeiro**, “reforça noções que já existiam desde a reforma de 1997”.<sup>104</sup> Esta, com efeito, agora na observação de **Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik**, “excluiu o direito de recesso nas hipóteses em que as ações da companhia possuísem elevados níveis de *liquidez* ou quando apresentassem índices expressivos de *dispersão* no mercado.”<sup>105</sup> Constituem tais atributos, no concordante registro de **Luiz Leonardo Cantidiano**, “requisitos instituídos pela lei de 1997”.<sup>106</sup> O que se tem entendido é que, mantidos os parâmetros que remontavam a 1997, a lei de 2001 modificou os *critérios* para sua aferição.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>103</sup> De “conceito mais claro de liquidez” fala o Professor **Arnoldo Wald** (“A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: os Direitos dos Minoritários na Nova Lei das S.A.”, Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. (Inovações e Questões Controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001, (Coord.: Jorge Lobo), Forense, 2002, p. 232.

<sup>104</sup> RIBEIRO, *op. cit.*, p. 115. Não parece exata, conseqüentemetne, a compreensão de Themistocles Pinho e Álvaro Peixoto (PINHO, Themistocles; PEIXOTO, Álvaro. **A reforma da lei das sociedades anônimas**: através da Lei n. 10.303 de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 106), no sentido...

<sup>105</sup> CARVALHOSA; EIZIRIK, *op. cit.*, p. 268.

<sup>106</sup> CANTIDIANO, Reforma da lei das..., *op. cit.*, p. 122.

<sup>107</sup> Cf. CARVALHOSA; EIZIRIK, *op. cit.*, p. 264-273. Embora limitadamente ao atributo de dispersão, aquiesce Leslie Amendolara (AMENDOLARA, Leslie. **Direito dos acionistas minoritários**: Lei n. 10.303 de 2001: nova lei das S.A.. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 101) em que “a modificação ocorrida diz respeito à forma de aferi-la”.

Cabe anotar, por fim, a inclinação doutrinária para o reconhecimento da *cumulatividade*, tida agora como necessária à exclusão do direito teórico de retirada, dos falados atributos da(s) ação(ões) do acionista dissidente.<sup>108</sup> A propósito, ainda enfatizam **Modesto Carvalhosa** e **Nelson Eizirik** que a doutrina acolhera “plenamente”, ao cuidar da elaboração dogmática da normatividade decalcada na Lei n. 9.457/1997, o entendimento de serem *alternativos* tais critérios,<sup>109</sup> e chegam mesmo a asseverar que eram eles, naquele regime, “inequivocamente *alternativos*”.<sup>110</sup> A despeito de lançada tão peremptoriamente, a asseveração pode embaraçar-se na diversidade de opiniões que marcou aquela quadra (n. 13, *supra*).

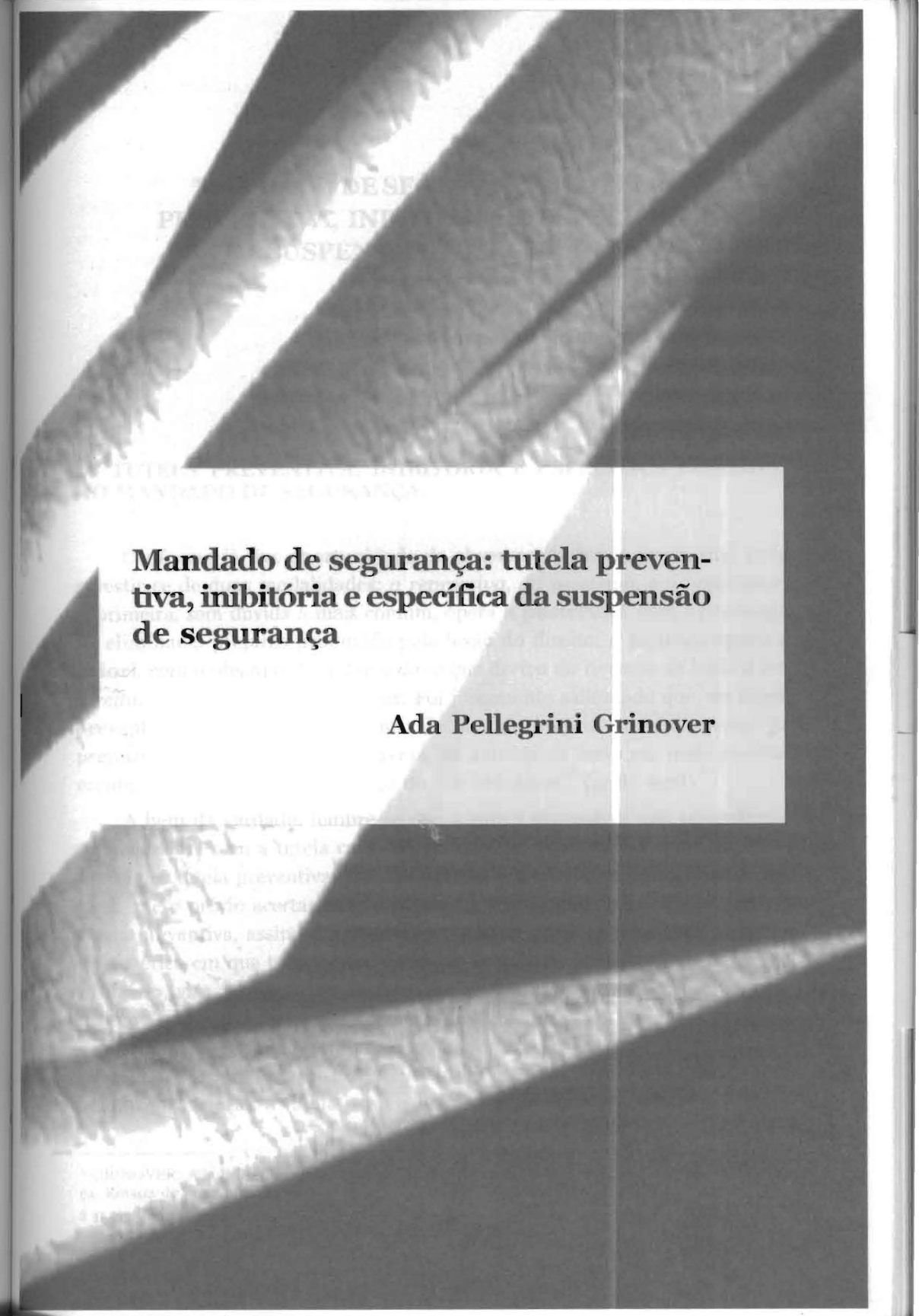
---

<sup>108</sup> Cf. CANTIDIANO, Reforma da lei das S.A..., **op. cit.**, p. 165. [...]; (“A lei recém-sancionada... passa a exigir que os dois requisitos instituídos pela lei de 1997 — *liquidez* e *dispersão* — sejam atingidos de forma cumulativa.”); WALD, A reforma da lei das..., **op. cit.**, p. 232 [...]; (“... a redação do art. 137 da Lei n. 6.404/1976 deixa claro que o exercício do direito de recesso está condicionado ao atendimento dos dois requisitos exigidos: ausência de liquidez das ações no mercado e de dispersão das mesmas...”); CARVALHOSA; EIZIRIK, **op. cit.**, p. 273... (“Agora, com a reforma da Lei n. 10.303/2001, tais critérios passam a ser *cumulativos*.”).

<sup>109</sup> CARVALHOSA; EIZIRIK, **op. cit.**, p. 270.

<sup>110</sup> **Ibid.**, p. 273.





**Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica da suspensão de segurança**

**Ada Pellegrini Grinover**

# MANDADO DE SEGURANÇA: TUTELA PREVENTIVA, INIBITÓRIA E ESPECÍFICA. DA SUSPENSÃO DA SEGURANÇA

**Ada Pellegrini Grinover**

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## - TUTELA PREVENTIVA, INIBITÓRIA E ESPECÍFICA CONTIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA.

Conforme já tive oportunidade de observar, “a tutela processual pode revestir-se de duas modalidades: *a repressiva, ou sucessiva, e a preventiva*. A primeira, sem dúvida a mais comum, opera **a posteriori**, com a finalidade de eliminar o prejuízo produzido pela lesão do direito; *a segunda opera a priori, com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consume*. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua iminência”<sup>1</sup> (grifei aqui).

A bem da verdade, lembre-se que a tutela preventiva não se confunde propriamente com a tutela cautelar, conquanto relacionados como gênero e espécie. A tutela preventiva visa diretamente à proteção da situação material, mediante o prévio accertamento do direito e sem a nota de provisoriedade. A tutela preventiva, assim, até pode ser entendida como instrumental no sentido genérico em que todo o processo o é. Como já disse, “a tutela cautelar, ao contrário, visa assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente. Somente neste emerge a dupla instrumentalidade, a instrumentalidade ‘ao quadrado’, magistralmente delineada por **Calamandrei**. A tutela cautelar leva a um provimento sempre provisório; a tutela preventiva, a um provimento definitivo”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela preventiva das liberdades: **habeas corpus** e mandado de segurança. Revista de Processo. São Paulo. V. 6, n. 22, p. 27-28. abr/jun. 1981.

<sup>2</sup> **Ibid.**, p. 27-28.

Como também já tive oportunidade de afirmar, “a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à *inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções*, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento” (grifei). Foi por razões como essas, observei eu em tempos passados, que “o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Bruxelas em 1958, já aprovara, unanimemente, uma declaração favorável à instituição de um ‘juízo preventivo geral’ em todos os países. Tudo isto reconduz, em última análise, à lição clássica de **Chiovenda**, nunca suficientemente lembrada: ‘*La necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione*’”<sup>3</sup> (grifei).

Lembre-se, nesse aspecto, que a tutela *preventiva* é importante instrumento pré-ordenado à obtenção da *efetividade* da tutela jurisdicional, na medida em que preserva a eficácia do provimento jurisdicional, imunizando-o contra os efeitos maléficos, quer do decurso do tempo, de um lado, quer da conduta ilícita da parte que busca esvaziar o conteúdo do provimento judicial, de outro lado.

Convém, a esse propósito, lembrar as palavras de **Cândido Dinamarco** que, em obra já clássica da literatura jurídica nacional, falou da *instrumentalidade* do processo e, sob seu ângulo positivo, realçou o tema da *efetividade*, dizendo que “toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem, finalmente, tem sua eficácia perenemente ameaçada pelo passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo”, lembrando a importância, nesse contexto, das medidas cautelares. Para tanto, disse **Dinamarco**, “em primeiro lugar é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir *decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos* (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso)”<sup>4</sup>. E mais:

“*Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.*”<sup>5</sup> (Grifei)

<sup>3</sup> **Id. Ibid.** p. 27-28.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed., ver. e atual.. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 301-302.

<sup>5</sup> **Ibid.**, p. 298.

Mais recentemente, a doutrina brasileira passou a relacionar o tema da *tutela preventiva* e o da *tutela inibitória*, na medida em que a imposição de deveres de abstenção, isto é, a inibição de certas condutas, é, em muitos casos, o meio para prevenir a ocorrência do ilícito, evitando-se que o sistema necessite atuar mediante a aplicação de sanções, isto é, mediante mera reparação do dano já consumado.

Na doutrina brasileira recente, **Luiz Guilherme Marinoni** consignou que “o delineamento do perfil da tutela inibitória, aliado à convicção de que as tutelas devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam no plano do direito material, traz várias e importantes conquistas ao tema da tutela de urgência e, principalmente, ao esclarecimento da árdua temática da tutela cautelar. Parece não haver dúvida de que a tutela inibitória, compreendida como uma tutela mandamental autônoma e independente de qualquer ‘ação principal’, não se confunde com a cautelar”<sup>6</sup>. E disse:

“A própria doutrina italiana não faz qualquer confusão entre tais tutelas. **Aldo Frignani**, um dos grandes especialistas italianos em ‘tutela inibitória’, admite que a problemática que se coloca em tema de tutela preventiva é bem diversa daquela que surge a propósito da tutela cautelar; nesta última prevalecem considerações de ordem processual, como as concernentes à existência de um direito autônomo de cautela, à relação entre a ação cautelar e o direito acautelado e, ainda, à natureza da relação entre o provimento cautelar e o provimento definitivo; *no que diz respeito à tutela preventiva, ao contrário, o ponto crucial refere-se à possibilidade de evitar ou prevenir o ilícito.*”<sup>7</sup> (Grifei)

Nessa linha, **Marinoni**, invocando a mais recente doutrina italiana, observou que “a inibitória não é admitida em razão da natureza do direito, mas sim *em virtude da necessidade de prevenção, derivada sobretudo da inadequação da tutela do tipo repressivo para algumas situações do direito material.* Se esta necessidade tem lugar, freqüentemente, no domínio dos direitos absolutos, isso não quer dizer que ela não possa se apresentar em outros setores; *a tutela inibitória, por relacionar-se com a prevenção, diz respeito, em princípio, a todos os direitos, e pode tornar-se necessária em todos os locais em que se apresentar como insuficiente a reintegração ou a reparação do direito*”<sup>8</sup> (grifei).

6 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 192.

7 *Ibid.*, p. 193.

8 *id.* *Ibid.*, p. 57.

Falando das tutelas *preventiva* e *inibitória*, à luz da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, **Flávio Luiz Yarshell** observou ser “marcante na doutrina mais recente a afirmação de seu caráter *atípico*, descendente da garantia constitucional da ação. Trata-se de *tutela que permite a prevenção do ilícito, no sentido de impedir sua consumação ou, em certos casos, sua continuação ou repetição, sem que isso configure uma atuação propriamente cautelar, à medida que propicia, desde logo, a atuação do direito material*. Nesse particular, o sistema processual civil brasileiro — ao menos o hoje vigente — *dispõe de “instrumentos” para assegurar essa tutela preventiva*. No plano infraconstitucional, basta lembrar as regras dos arts. 273 e 461 do CPC, que permitem a antecipação da tutela de forma consideravelmente abrangente, embora com as restrições ali consignadas”<sup>9</sup> (grifei). Aliás, como lembrou o referido autor, tutela preventiva e inibitória, sob o ângulo da *efetividade* do processo realçada por **Dinamarco**, levam-nos à *tutela específica*:

“No caso da tutela dita *específica*, não há dúvida quanto à sua *atipicidade*, independente de autorização legal. *A mais perfeita restauração da situação violada resulta do próprio plano substancial, cujas normas devem ser atuadas, cabendo ao processo tão-somente a missão de propiciar a quem tenha um direito tudo aquilo a que faça jus*. De qualquer modo, o ordenamento brasileiro é *taxativo a esse respeito, impondo a primazia dessa modalidade de tutela* (art. 461, **caput** e parágrafo primeiro).”<sup>10</sup> (Grifei)

Nesse contexto (de tutela *preventiva*, *inibitória* e também *específica*), interessante e fértil é o repertório brasileiro, quando se passa às relações jurídicas de direito público, sabido que, dentre os instrumentos processuais de que o sistema dispõe para a tutela das liberdades, encontra-se o *mandado de segurança*. Conforme **Sérgio Ferraz**, “pode-se afirmar que o aspecto mais singular na etiologia do mandado de segurança é o de ser um remédio específico. Ele não se conforta com a simples alocação nos escaninhos dos remédios que dão satisfações, tutelas ou prestações substitutivas. O mandado de segurança é um *remédio dedicado à salvaguarda, à manutenção e à integridade do próprio direito que esteja sendo ameaçado*. Ele não se satisfaz com as *fórmulas meramente reparatórias*. O mandado de segurança

<sup>9</sup> YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 164.

<sup>10</sup> DINAMARCO. *op. cit.*, p. 165.

*destina-se a garantir a integridade do direito – posto em discussão pela via mandamental – ou a restaurá-la nas hipóteses em que haja não apenas lesão, mas violação*<sup>11</sup> (grifei). E afirmou:

“A primeira conclusão é no sentido de que o mandado de segurança é um remédio que tem uma *vocação constitucional vertida para a salvaguarda ou para a restauração do direito em si*. (...) A segunda conclusão prefacial decorre da circunstância de que, rompendo uma tradição constitucional muito antiga, o inciso XXXV do art. 5º da nossa atual Constituição afirma que não se extrai da apreciação do Poder Judiciário *não só a lesão ao direito, mas a ameaça ao direito*.”<sup>12</sup> (Grifei)

Nesse mesmo sentido, **Marinoni**, uma vez ainda, anotou que “os exemplos mais legítimos de tutela inibitória pura no Direito brasileiro estão no interdito proibitório e no *mandado de segurança preventivo*.”<sup>13</sup> (Grifei). E disse:

“A Lei n. 1.533/1951, tratando do mandado de segurança, diz, no seu art. 1º, que ‘conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça’. O mandado de segurança, que sempre pode ser deferido liminarmente, pode ser concedido ainda que nenhuma violação tenha sido praticada. *A norma, ao permitir que alguém, sem ter sofrido qualquer violação (apenas tendo justo receio de sofrê-la), possa obter uma tutela que impeça a autoridade coatora de praticar o ato, abre ensejo a uma tutela genuinamente preventiva*.”<sup>14</sup> (Grifei)

Com relação ao mandado de segurança preventivo, ainda no âmbito doutrinário, já tive oportunidade de dizer que a ele “referiu-se a Constituição de 1934, que o criou, falando de *ameaça*. A Lei n. 191, de 16.01.1936, mantida pelo Decreto-Lei n. 6, de 16.11.1937, ateve-se à mesma terminologia. Não

<sup>11</sup> FERRAZ, Sérgio. Regime jurídico da liminar em mandado de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 135.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>13</sup> MARIONI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>14</sup> MARIONI, *op. cit.*, p. 47.

inovou o Código de Processo Civil de 1939, mas a Lei n. 1.533, de 31.12.1951 — ainda em vigor — introduziu um conceito novo no art. 1º: ‘Considerar-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente, ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver *justo receio* de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça’.

Lembre-se que, na busca da efetividade e da utilidade do provimento jurisdicional, a lei prevê a antecipação da suspensão dos efeitos do ato coativo ou da ameaça de lesão, por intermédio da concessão liminar do mandado (art. 7º, II, da Lei n. 1.533). Esta hipótese, quer para o mandado de segurança preventivo, quer para o sucessivo, enquadra-se entre os provimentos cautelares que **Calamandrei** classificou como antecipatórios de provimentos decisórios, consistindo ‘*in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso si sovrapponrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario*’.

Bem por isso, uma vez concedida a medida liminar, o caráter preventivo e inibitório desse provimento é apto a garantir a utilidade do provimento final, pondo-o a salvo não apenas do decurso do tempo, como ainda, e principalmente, dos atos que a parte possa praticar na tentativa eventual de frustrar a eficácia da decisão inicial. Dessa forma, a vigência da liminar torna inoperantes todos e quaisquer atos contrários à determinação nela contida.

Mais: se a concessão liminar da ordem é para obstar a prática de determinado ato (provimento mandamental), não se pode aceitar que a consumação posterior desse mesmo ato subtraia o interesse de agir (=utilidade do provimento jurisdicional). Na verdade, em tal hipótese, é justamente o contrário que deve ocorrer, isto é, o ato fraudulento e ilícito é que deve ser reputado ineficaz, prestigiando-se a autoridade do comando judicial, tomando-se as providências necessárias para o retorno ao estado anterior.

Pensar diferente do acima exposto seria desconsiderar o caráter indeclinável da jurisdição que, manifestação do poder estatal que é, se impõe aos jurisdicionados em situação de sujeição; seria permitir que o ato da parte pudesse atentar impunemente contra a autoridade da decisão judicial, que acabaria esvaziada pela “astuta” conduta do demandado; seria, em suma, negar efetividade ao comando judicial, impedindo fossem atingidos os escosos jurídico (atuação da vontade concreta da lei), social (eliminação da controvérsia) e político (afirmação do poder estatal) da jurisdição.

É certo que, como regra geral, o interesse de agir (=utilidade do provimento jurisdicional, aferido a partir da *necessidade* e da *adequação*) deve estar presente no momento do julgamento da demanda. Contudo, não menos certo é que o interesse de agir não pode ser manipulado pela vontade da parte que, repita-se, se submete ao poder estatal e à autoridade do comando judicial. Mais do que útil para a parte, a preservação da efetividade do comando final, que se segue à concessão da liminar, é de interesse do Estado, porque, como sabido, o processo — antes de ser instrumento posto à disposição da parte interessada — tem nítida feição pública, como públicos são os escopos que, através dele, busca-se atingir.

## II - DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

O art. 4º da Lei n. 4.348/1964, como sabido, confere à pessoa jurídica de direito público “interessada e para evitar grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas” a possibilidade de requerer, ao Presidente do Tribunal competente para os recursos cabíveis, a suspensão da execução da liminar e da sentença.

Segundo observou **Marcelo Abelha Rodrigues**, autor que se destaca na relativamente escassa bibliografia sobre o tema, o instituto em tela “não é nem ação e nem recurso, figurando-se, sim, como típico instituto representante dos incidentes processuais, que se manifesta por intermédio de uma *questão incidente*” e “não deve ser caracterizado como *sucedâneo recursal*, vez que, embora não sendo um recurso como os demais sucedâneos, destes diferem porque não apresentam a finalidade recursal”. A propósito, **Abelha** lembrou que “a obtenção da suspensão da execução da decisão recorrida não é o desiderato dos recursos, não só porque o efeito suspensivo decorre da *recorribilidade recursal* (e não propriamente dos recursos), mas também porque se entendêssemos dessa forma, todos os ‘recursos’ desprovidos de tal efeito perderiam tal natureza jurídica.”<sup>15</sup>.

No âmbito do pedido de suspensão de liminar, a cognição centra-se no perigo de dano que a decisão guerreada possa representar à ordem, saúde, economia e segurança públicas. Nesse particular, **Abelha Rodrigues**, mais uma vez, afirmou que “o que justifica, pois, a suspensão da execução da decisão

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 93-94.



não é a sua injuridicidade (da decisão), ainda que tal possa ocorrer”. É que “o objeto de julgamento desse incidente é a verificação se há o risco potencial de grave lesão entre a decisão proferida e os interesses públicos tutelados pelo incidente”

Lembra esse autor que “o pedido de suspensão de execução de liminar, sentença ou acórdão, é um incidente, que tem vida *temporária*, qual seja, sua sobrevivência e, portanto, duração, só existe enquanto durar o processo principal sobre o qual incidiu, já que *dele é acessório*, de modo que, quando se suspende a execução de uma liminar, por exemplo, esta suspensão não pode ultrapassar o período de vida de duração do próprio pronunciamento cuja eficácia ficou suspensa”<sup>16</sup> (grifei).

Parece certo afirmar que o instituto em tela não desfruta de grande prestígio na doutrina nacional, não sendo poucos os que o enxergam com desconfiança ou restrições. Por exemplo, **Sérgio Ferraz**, com base em **Calmon de Passos**, sustentou ser inconstitucional o pedido em tela. Em suas palavras, “a suspensão da liminar por autoridade diversa da que a concedeu, ou dos efeitos da decisão concessiva da segurança, *é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal*” (grifei). E mais:

“O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do Presidente da Corte para a qual o *writ* deverá subir em recurso, aliado à circunstância de decidir ele sem audiência de qualquer interessado na manutenção do decisório cuja suspensão se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria oblação da função jurisdicional regular. Se a liminar for deferida com desprezo a outros interesses supostamente mais relevantes, o remédio não é sua cassação de cima para baixo imposta, mas seu ataque, seja pela via recursal, seja por outro mandado de segurança, seja, enfim, por outra ação, eventualmente apta para o fim colimado.”<sup>17</sup>

Em linha semelhante de pensamento, **Pedro dos Santos Barcelos**, ao tratar do tema, sustentou que “o poder discricionário, dado ao Presidente do

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>17</sup> FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**: individual e coletivo: aspectos polêmicos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 140.

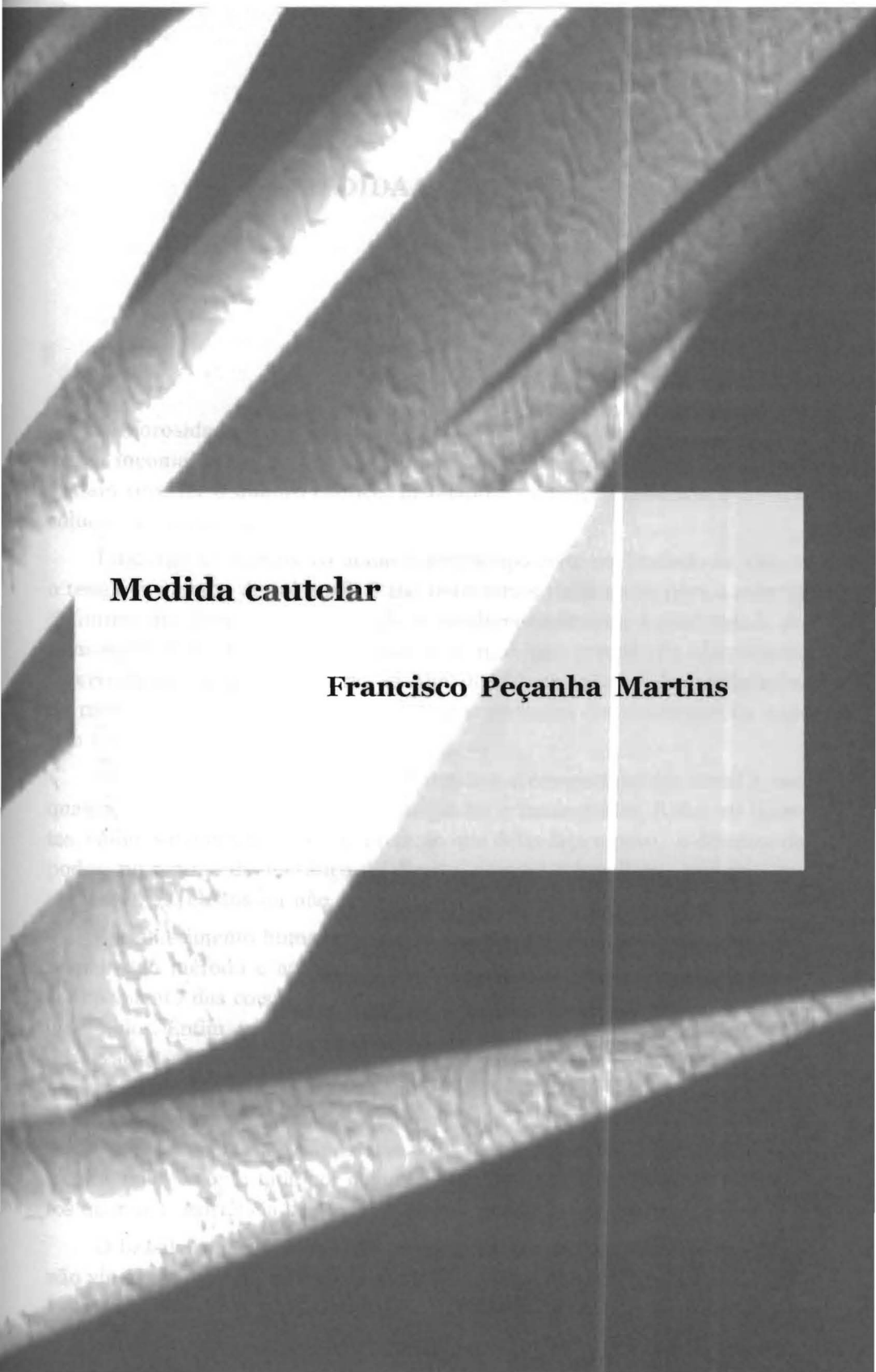
Tribunal competente, de suspender a execução de liminar e de sentença em mandado de segurança é um resquício do autoritarismo do Estado. Em consequência se vê que a Lei n. 4.448, é datada de 28.06.1964, poucos meses após a instalação da Revolução de 1964 em nosso País. *Até nos parece que tem cheiro de inconstitucionalidade o dispositivo citado. O ato do Presidente do Tribunal tem cunho meramente administrativo, em caráter cautelar. Pode ser apreciado pelo Tribunal, por meio de agravo regimental. A tradição jurídica do País é de que as decisões administrativas não podem sobrepor a um ato jurisdicional. O Poder Judiciário sempre tem a última palavra*<sup>18</sup> (grifei).

Sem entrar no mérito dessa discussão, é possível, contudo, reconhecer que o instituto, por sua nota de excepcionalidade, deve — no mínimo — ser visto e interpretado de *forma estrita* (ou restritiva) *não comportando indevidos alargamentos*. Nesse sentido, aliás, **Hely Lopes Meirelles** já havia afirmado que, “sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma *providência drástica e excepcional*, só se justifica quando a decisão possa *afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe a sua sustação até o julgamento final do mandado*”<sup>19</sup> (grifei).

---

<sup>18</sup> BARCELOS, Pedro dos Santos. Medidas liminares em mandado de segurança; Suspensão de execução de medida liminar, suspensão de execução de sentença, medidas cautelares. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 80, n. 663, p. 43. jan. 1991.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública**. 11ª ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 55.



**Medida cautelar**

**Francisco Peçanha Martins**

## MEDIDA CAUTELAR

**Francisco Peçanha Martins**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça  
Mestre em Direito Econômico pela Uni-  
versidade Federal da Bahia – UFBA

A morosidade nas respostas às lides vem causando à Nação brasileira males incomensuráveis. Felizmente não são poucos os que a condenam e tentam reverter o quadro caótico, instalado na Justiça brasileira, quanto à solução, no tempo, das lides.

Infelizmente mortais, os homens têm tempo certo ou limitado de vida, e o tempo é contado de sol a sol. E são necessários muitos sóis para a solução definitiva das demandas. Isso se deve, fundamentalmente, à necessidade do homem de fazer justiça. A realidade, porém, é que, privado da ubiqüidade, reservada por Deus a si próprio, os homens devem valer-se da inteligência, do raciocínio lógico, para conhecer os fatos passados determinantes da que-rela e aplicar-lhe as regras da lei.

Elaboradas pelos homens, as leis regulam o comportamento social e são qualificadas de boas, inaplicáveis, adequadas e inadequadas, justas ou injustas, enfim, subordinam-se à interpretação que delas faça o povo, o detentor do poder, no regime democrático de direito, como é o brasileiro, por seus representantes, eleitos ou não.

O conhecimento humano, já de há muito o disseram os gregos, impõe o respeito ao método e ao processo. Para chegar-se ao átomo partiu-se do conhecimento das coisas da natureza, dos fenômenos observados, pensados e definidos. Enfim, se fez necessário palmilhar passo a passo os caminhos da observação, somando-se conhecimento para chegar-se à verdade científica dos nossos dias, a síntese, como definiu o Filósofo **Hegel**, e que se transformará em tese e será refutada com antítese, até alcançar-se nova síntese, e assim por diante, até o fim dos dias. Veja-se, por exemplo, a teoria da relatividade, hoje já contestada por alguns físicos. E até hoje se debatem os filósofos quanto à existência de Deus.

O brasileiro é um constante perseguidor da verdade. Por isso mesmo, não vingou, entre nós, a pena de morte. Repele a punição do inocente e man-

tém a possibilidade contínua da revisão das decisões, construindo um processo permeado de recursos, alguns mesmo contrários à lógica do proceder para a frente e ao princípio democrático do respeito à vontade da maioria (os agravos e os embargos infringentes do julgado).

Mas na busca da verdade e no afã de encurtar-se o tempo despendido para a solução das lides, homens dedicados e bem intencionados elegeram soluções e as transformaram em lei, reformando o Código de Processo Civil. Assim foi com as chamadas medidas cautelares, cuja utilização exacerbada vem conduzindo, **permissa venia**, a resultados por eles indesejados ou desnecessários.

As medidas cautelares são preparatórias ou incidentais. As preparatórias visam, geralmente, à antecipação de providências acautelatórias de direito das partes e à composição da prova necessária ao julgamento favorável da pretensão resistida, na ação a ser manifestada perante o Estado/Juiz. As incidentais permitem à parte preservar ou assegurar direitos em meio ao processo, ou seja, já no curso do processo.

Na dicção do processo civil, ciência indispensável à aplicação da lei aos fatos da vida para a concretização do direito e da justiça dentro dos princípios do respeito à igualdade das partes e do devido processo estabelecidos nas leis a partir da Lei Maior, a Constituição, temos diversos procedimentos: sumário, sumaríssimo, ordinário, cautelar e executório. Valho-me, sempre, de uma metáfora, quando discorro sobre a crise aguda do Poder Judiciário, equiparando o procedimento à linha de montagem, com que **Henry Ford** iniciou a nova fase da revolução industrial de produção em massa, de que resulta a chamada “sociedade de consumo”, endeusada e malhada por uns e outros, a depender da ideologia professada.

A linha de montagem se caracteriza por trilhos e o processo de fabricação dos bens, popularizado pelo imortal “Carlito”, no célebre filme “Tempos Modernos”, do genial **Charles Chaplin**, se inicia com o *chassi* (estrutura básica) que, no processo civil, equivaleria à petição inicial. Ao *chassi* acrescentam os operários as peças indispensáveis à montagem/fabricação do produto final (automóvel, geladeira, rádio, televisor, liquidificador etc).

No processo, também assim ocorre. Advogados e prepostos do Estado (juiz, escrivão, promotor, peritos, serventuários, desembargadores, ministros) praticam atos necessários à instrução do feito para permitir a conclusão, ou seja, o produto final, a *sentença*, definida no CPC como “o ato que põe

termo ao processo”. A linha de montagem do processo civil ou penal, porém, não pára no que se entende vulgarmente por sentença. É que a sentença de primeira instância é ato singular praticado pelo juiz, e os povos decidiram que não era possível submeter os acusados ao julgamento único, não raro despótico dos soberanos, observado que nem David foi justo quando mandou o marido de Betsabá aos perigos da guerra de que resultou a sua morte.

A sentença individual submete-se, pois, a um rejuízo coletivo no recurso de apelação (hoje, o princípio não é absoluto por força da malsinada redação do art. 557 e §§ do CPC), e a moderna processualística vem restringindo a poucas hipóteses o chamado *efeito suspensivo*. Veja-se que aos recursos, a todos os previstos em Lei (art. 496, I a VIII, do CPC), a Lei atribui os efeitos devolutivo ou suspensivo. Em verdade, todos os recursos devolvem o conhecimento e julgamento da causa ao Tribunal. O efeito suspensivo, porém, impede a prática de atos posteriores ao recorrido e à execução provisória, medida de preparação e adiantamento da execução definitiva da sentença/acórdão, que deverá seguir-se ao trânsito em julgado da decisão proferida no recurso, isto é, quando já não houver possibilidade jurídica de interposição de novo recurso ou decorrido **in albis** o prazo de manejo de outro recurso cabível, ocasião em que teremos constituída a *coisa julgada material*, definida no art. 467 do CPC como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Voltando à linha de montagem, o efeito devolutivo não paralisa o processo, continua a ação a andar na esteira do procedimento adequado. O efeito suspensivo, ao contrário, paralisa a linha, a esteira, o processo, para aguardar se examine o produto (no processo o ato impugnado, a decisão recorrida) para consertá-lo ou mantê-lo, se for o caso, só prosseguindo, portanto, em movimento após o julgamento do recurso recebido em tal efeito. De assinalar-se que, no processo industrial, a linha de montagem não deve parar nunca, pois tempo é dinheiro. Só em condições de anormalidade (falta de energia e acidentes) se admite a paralisação do seu curso. Os bens defeituosos ao final do procedimento industrial serão rejeitados, ou reformados. No processo judicial, os recursos providos corrigem o ato impugnado, devolvendo a causa ao **status quo ante**, nas hipóteses previstas no CPC.

Os recursos especial e extraordinário, cabíveis nas hipóteses enumeradas nos arts. 102 e 105, III, letras **a**, **b** e **c**, da CF/1988, “serão recebidos no efeito devolutivo”, como determina, peremptoriamente, o § 2º do art. 542.

Tais recursos, como vimos antes, não paralisam a linha de montagem, no interesse social de acelerar a prestação jurisdicional no tempo.

A má interpretação do sistema processual e a exacerbação dos poderes cautelares vêm, contudo, enchendo os tribunais de medidas cautelares com pedido de concessão de efeito suspensivo a tais recursos, chegando mesmo alguns doutrinadores a criar uma figura nova, qual seja, a do *efeito suspensivo ativo*, a meu ver absurda, pois encerra uma **contradictio in objecto** já que se não pode conceber tenha curso o que se pretende suspenso, paralisado ou, o que é pior, modificado.

Mas o barro jogado à parede vem colando. E a bondade e a vontade de proteger o vencido têm conduzido ao deferimento das cautelares mesmo antes de manifestar-se o Presidente do Tribunal **a quo** sobre a admissibilidade do recurso especial, contrariando os arts. 542, § 1º, e 544 do CPC e as Súmulas ns. 123 do STJ e 634 e 635 do STF.

Tenho invariavelmente indeferido tais medidas cautelares, seja por não poder conceder efeito suspensivo a recurso especial **contra legem**, seja por não poder impedir que a parte vencedora execute provisoriamente o acórdão, direito que lhe é deferido expressamente pelos arts. 587 e 588, incisos e parágrafos do CPC.

Ora, não posso paralisar o processo e impedir a execução provisória do acórdão atacado por recurso especial, ou conceder direito negado pelo acórdão, como querem os requerentes de medida cautelar para obter “efeito suspensivo ativo”. A propósito, já disse na decisão proferida na MC n. 3.372/SP que não podia consagrar o *nada jurídico*, quando a sentença e o acórdão negavam o direito dito líquido e certo à parte. Sobre o tema, concedi cautelar quando a liminar e a sentença deferiram a segurança, e a autoridade coatora se apressara em dar execução ao acórdão reformador, em prejuízo do Requerente. É que, em se tratando de mandado de segurança, a sua concessão por sentença gerou direito que não pode ser postergado enquanto atacada a decisão por recurso. Na hipótese, deferi cautelar para manter o direito concedido e o farei sempre para proteger direito ameaçado por ato administrativo da parte, em respeito ao próprio efeito devolutivo do recurso especial que impede a formação da *coisa julgada material*.

Dir-se-á que haveria contradição no confronto das decisões analisadas. Creio, porém, que não se confrontam. Uma coisa é a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem; outra será o de deferir cautelar para

prevenir a prática de ato contrário ao direito e em desrespeito à lei, qual seja, o de prevenir e impedir execução definitiva de julgado recorrido, prática hoje possível pela permissibilidade concedida pela Lei n. 10.444, que deu nova redação ao inciso II do art. 588, permitindo a alienação de bem e o levantamento de depósito em dinheiro mediante prestação de caução, criando, a meu sentir, maiores dificuldades à execução e, de certa forma, permitindo as idas e vindas do processo de execução (art. 588, III) e quebrando de algum modo, a autoridade da coisa julgada, por isso mesmo que admite, sob condição, a execução definitiva de sentença/acórdão recorrido, fragmentando o sistema lógico da ciência do processo, que tem na *coisa julgada* um dos seus pilares fundamentais.

De qualquer sorte, a execução provisória, tornada definitiva mediante caução, ficará sem efeito se sobrevier acórdão modificador ou anulatório da sentença executada, restituindo às partes o estado anterior (é o vai-e-vem do processo, que se não pode admitir na linha de montagem) como estabelecido no inciso III do art. 588 reformado, que prevê a liquidação de possíveis prejuízos no mesmo processo, no inciso IV. Caso haverá de prejuízo insanável ou de difícil reparação, que poderá ser evitado mediante concessão de medida cautelar.

O que é, a meu ver, inadmissível é a concessão de efeito suspensivo a recurso a que a lei não o defere, mormente se o pedido é de “efeito suspensivo ativo”, pois não posso conceber se o conceda para reformar o acórdão recorrido.

A manutenção da ação na linha de montagem, sempre em curso para a frente, sem idas e vindas, tornaria mais rápida, no tempo, a resposta do Estado às demandas dos cidadãos.

Por último, vale recordar, com **Rui Barbosa**, que “fora da lei não há salvação”.



**Nos próximos quinze anos o STJ  
reapreciará todo direito comum**

**Walter Ceneviva**

## **NOS PRÓXIMOS QUINZE ANOS O STJ REAPRECIARÁ TODO DIREITO COMUM**

**Walter Ceneviva**

Associado Emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo

**NOTAS INTRODUTÓRIAS** — Nascido para ser a Corte do Direito Comum no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça comemora seus quinze anos em plena efervescência do debate sobre a nova normatividade do Direito Privado em nosso País. A aplicação efetiva do Código Civil de 2002 dependerá, da formação jurisprudencial a ser contida em seus arestos. A previsão de mais quinze anos para que essa orientação surja, é razoável, até que o STJ emita súmulas dela, fixando a posição majoritária.

A tarefa não é fácil, ante a previsão de possíveis emendas e a complexidade de algumas alterações introduzidas pelo Código Civil. Duas delas parecem destinadas a provocar muito debate: as geradas no âmbito do Direito empresarial, no qual se mesclam questões de Direito comercial e de Direito Civil e as surgidas nas matérias alusivas à família (acompanhando a Carta Magna), à filiação e às relações de parentesco. Neste ensaio, escrito com olhos para o futuro, tentarei resumir as teses doutrinárias, os precedentes e os fatos a serem enfrentados para o esclarecimento de suas alternativas jurisprudenciais. Em termos dos interesses envolvidos em matéria familiar, de intenso conteúdo emocional e comunitário, as decisões do STJ conformarão o direito às realidades jurídicas e sociais nos três primeiros lustros do terceiro milênio.

Para metodizar o desenvolvimento das idéias, dividi este trabalho em duas partes antes da conclusão. A primeira é subdividida por dois temas, o da filiação, fundamental para a família e o dos efeitos da reprodução assistida. Na segunda virão as relações de parentesco, desde o espaço interno da família, quanto à filiação e o reconhecimento de filhos.

É bastante óbvio que a avaliação aqui feita parte do texto hoje vigente, embora sejam previsíveis eventuais alterações de aprimoramento ou de mudança das disposições originais e nas leis especiais nelas referidas. Mesmo assim, parece útil a decomposição dos elementos disponíveis, na área familiar,

menos pela sabedoria das anotações aqui feitas e mais pela importância que o novo Código terá no Direito de Família e em sua interpretação jurisprudencial.

**Os filhos** — Na definição clássica é humano o ser nascido de mulher. *Filho* ou *filha*, nessa conotação, indica aquele ou aquela que descende de seus pais. As designações oriundas das antigas normas do Direito português, que sobreviveram entre nós até a segunda metade do século XX, caminham para sua definitiva superação, em virtude da proibição de distinções entre filhos, desde 1988. O STJ enfrentou o assunto, na órbita das leis civis, nos primeiros quinze anos de vida. Sem interferir na competência constitucional do Supremo Tribunal, emitirá decisões com forte incidência sobre o Direito aplicado em nosso País, em particular pelos efeitos, dos novos métodos reprodutivos gerados pelo avanço científico, ainda em desenvolvimento. Deixou de ser importante que os filhos sejam havidos ou não da relação física entre os cônjuges (Código Civil, art. 1.596) ou que os pais registrados como tal os tenham gerado. Prenunciam a possibilidade — talvez nos próximos quinze anos — de filhos não nascidos do ventre feminino, em alternativa que não será aqui avaliada, ante a aparente distância científica em que hoje nos achamos dessa possibilidade.

O Código Civil de 2002 refere, genericamente, filhos havidos na relação matrimonial, mas sem expressar adequadamente a amplitude da filiação, que pode transcender do relacionamento entre marido e mulher, servindo de exemplo os *filhos adotivos*. A jurisprudência vem corrigindo o defeito. Nenhum tipo ou espécie de filiação pode ser indicado com adjetivação que limite a aplicação do substantivo *filho*, ante a garantia assegurada a todos dos mesmos direitos e qualificações. A exegese final do art. 227 também dependerá da Suprema Corte, mas o temário do direito comum, suscitado pelo Código, propiciará amplitude ao debate sobre a filiação, ainda que inspirado pelas superadas designações tradicionais.

A norma codificada, de origem constitucional, espelha o sentimento médio da sociedade, no sentido de descaber a punição da criança por eventuais erros ou crimes de seus pais, o que só beneficia o maior nos primeiros quatro anos da maioridade. A proibição do registro de nascimento ou a submissão do assentamento à condição de neles ser indicada a origem legítima ou espúria do recém-nascido não é compatível com a preservação da criança. Passou por transformações iniciadas no meio do século XX, que o STJ encon-

trou, em 1988. O registro feito pelo pai com os elementos que o compõem, ou por ambos os pais, é direito deles e dos filhos. É absolutamente proibida a pretensão de excluir do assentamento civil, o registro de qualquer ser humano nascido com vida com os dados familiares que lhe correspondam, conforme resulta de posições que o STF tem adotado.

Muito embora a Constituição Federal tenha admitido a união estável como forma criadora de entidade familiar, o STJ tem acolhido a presunção legal da concepção, pelo casal, dos filhos nascidos *na constância do casamento*, considerando prova do matrimônio para permitir a qualquer dos cônjuges o registro civil do nascimento, nos termos e prazos do art. 1.597. Nesse caso é equiparada à constância da união estável, mas o registro deve ser feito pelos dois companheiros. O vocábulo *constância* é entendido em seu significado substancial, ou seja, o da vida comum, no cumprimento das obrigações recíprocas do casal. A presunção legal do art. 1.597, não é confundível com presunções de fato, alusivas a ilações sobre eventos tidos por verdadeiros ou existentes. Trata-se de matéria de prova que dificilmente chegará ao STJ nos próximos lustros, salvo para caracterizar os elementos essenciais dos quais se compoem, para serem aplicados à união estável.

Voltando ao art. 1.597, tem-se que se reporta à *concepção*, ou seja ao momento em que o embrião se forma, pela fecundação do óvulo feminino pelo espermatozóide masculino, no útero da mulher. Dá origem ao que poderá vir a ser a criança, no nascimento com vida. A solução milenar, dos costumes e das leis, com a forma concepcional física do casal, desde os tempos do Direito grego e, depois romano, não subsiste integralmente. Grande novidade no Código de 2002 — à qual se retornará mais à frente — foi acolher o uso das técnicas de reprodução assistida. Talvez seja o segmento sociojurídico no qual a consolidação do Direito aplicado terá maior interferência do Superior Tribunal de Justiça.

O ordenamento continua protegendo o nascituro, isto é, o concebido, cujos direitos dependem do nascimento com vida. O nascituro não é, porém, o mesmo do Código Civil de 1916, nem o dos séculos anteriores, pela aplicação de técnicas laboratoriais, que formam o chamado embrião de proveta. Em termos doutrinários e religiosos tem sido intenso o debate sobre o destino do embrião não aproveitado.

Recordemos que, na história do Direito, a concepção legítima, referendada em lei, foi a que resultou do matrimônio. No Direito romano, a frase **pater est quem nuptiae demonstrat** sintetiza o pensamento tradicional.

A relação sexual ou coabitação sempre foi o fator inicial da concepção. Nessa circunstância a coabitação pode gerar filhos, enquanto ato físico próprio da relação que pode ser classificada como *legítima* (livremente aceita entre adultos), *ilegítima* (tipifica conduta criminosa ou incompatível com os impedimentos matrimoniais) ou *imprópria* (situações que não recomendam o casamento). O filho concebido e nascido em qualquer dessas alternativas não pode ser adjetivado, referido ou definido de maneira discriminatória. No estupro e no adultério, por exemplo, o agente comete crime. Se resultar filho, a delinqüência unilateral ou bilateral, que lhe deu origem, se submete à mesma proibição, observadas, porém, restrições a serem discutidas na segunda parte, quando se cuidar do reconhecimento da paternidade.

A reprodução assistida desconstituiu duas verdades tradicionais quando heteróloga: a demonstração de núpcias anteriores não afirma a paternidade ou a maternidade biológica, mas o registro civil de nascimento feito a confirma definitivamente. Na reprodução natural é impossível, no estado da ciência, no início do século XXI, determinar o momento preciso da concepção, em que o novo ser é gerado, pois não se consegue saber o instante exato em que acontece o encontro do espermatozóide e do óvulo. Para sanar a dificuldade intransponível a lei cria parâmetros temporais para afirmar a paternidade, como se vê da leitura do art. 1.597.

O critério legal tem conteúdo aleatório, na relação sexual plena e na gravidez resultante de contato meramente vestibular, no período de fertilidade da mulher. Os períodos de fertilidade são variáveis e a duração da gravidez tem períodos anormais, assim reconhecidos pela ciência médica, que terminou indicação secundária passando a referência principal o peso e o desenvolvimento da criança. **Odon Ramos Maranhão**, em seu “Curso de Medicina Legal” (Malheiros Editores, p. 162) refere estudos de oito autores, cujas indicações de duração média da gravidez vão de 262 a 277 dias ainda indicando um limite máximo de 294 por outros pesquisadores. **Almeida Junior** em suas “Lições de Medicina Legal” refere caso de gravidez de 340 dias. (Companhia Editora Nacional, p. 301).

A linguagem legal — *na constância do casamento* — contribui para a dificuldade, a ser resolvida por pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, pois nem mesmo nos tribunais estaduais se encontra suporte necessário para encaminhamento definitivo de solução na exegese sistemática com o final do inciso I. Isso porque o Código Civil de 2002 alterou o texto de 1916, para estabelecer a contagem de prazo para *depois de estabelecida a*

*convivência conjugal*. O Código revogado mencionava no art. 338 a presunção de concepção dos filhos *na constância do casamento*. Trata-se apenas de presunção, aceitável prova em contrário e assim mesmo limitada à existência de casamento legal, o início da gravidez continua dado aleatório. Não se ignore a transformação dos costumes e a liberdade sexual da mulher, permitindo-lhe o relacionamento sexual antes do casamento e com mais de um parceiro.

A incerteza (apenas e tão-somente quanto a esse aspecto específico) deixa de existir na reprodução assistida, pois a transferência para o útero da mulher é feita depois de o embrião estar formado. Embora o casal participe diretamente, nos casos mais comuns, do fornecimento do óvulo e do espermatozóide, a operação científica nem depende de seus componentes, nem tem o acompanhamento direto deles. As dúvidas prováveis no curso dos processos vindouros, sobre se o embrião utilizado foi efetivamente daquele casal, movimentarão o STJ.

É evidente, até pelas conseqüências indenizatórias decorrentes, que os fatos relativos ao uso das novas técnicas devem ser expressamente formalizados, mediante autorizações dadas à clínica ou instituto no qual foram adotadas, ou pelo registro civil, quando feito pelo pai da criança, quer tenham sido seus os espermatozoides utilizados, quer não o tenham, desde que com sua ciência e permissão. Todos os meios lícitos de prova continuarão a ser admitidos, daqui para o futuro próximo.

O Superior Tribunal de Justiça irá fixar, em sua jurisprudência, soluções para as dificuldades apontadas. O Código Civil de 2002 mesclou critérios tradicionais quanto aos prazos de concepção (constância de casamento e convivência), para os quais a ciência médica ainda não havia encontrado melhor solução antes da sua vigência em janeiro de 2003. Deixou para apuração, caso a caso, na união estável, em que a declaração de um dos companheiros é insuficiente para o registro.

Há presunção de concepção na constância do casamento dos filhos nascido nos prazos seguintes:

- a) cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- b) nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

É curioso anotar que a aplicação desses prazos, nos anos vindouros, pode passar pela avaliação jurídica que lhe dará o STJ (em alguns casos submetida, ainda à ponderação constitucional do STF), mas também pelos novos dados produzidos pela evolução científica, com subsídios que o progresso sugere para os próximos anos.

A data em que celebrado o casamento determinava, na lei anterior, a presunção de que nela se iniciara a vida comum, tomado o verbo *conviver* no sentido de *coabitar*, isto é, de viver juntos, em família, mantendo voluntariamente relações sexuais, tanto que a recusa destas, por qualquer dos cônjuges dava causa à anulação. Com os novos costumes, a convivência, nesse sentido, tem freqüentemente sido aceita antes do casamento celebrado, de modo que a presunção quanto ao mínimo previsto no inciso I (cento e oitenta dias) passou a mero indicativo para avaliação, pelo intérprete, no caso concreto examinado.

A contagem de trezentos dias subseqüentes à data da dissolução da sociedade conjugal feita dia por dia, da concepção ao parto, com vida, também se inspirava no critério científico, adotado desde o século XIX, de ser esse o prazo máximo em que a verificação da identidade do nascido seria definida. Todavia, se do ponto de vista legal a manutenção da antiga redação do dispositivo é aceitável, na prática judicial (salvo no caso de morte conhecida) os prazos indicados são contrários à realidade. Assim é porque a separação judicial consensual ou litigiosa, a nulidade ou a anulação do casamento, quando contenciosas, somente chegam a transitar em julgado, salvo exceções a admitir, quando decorridos mais de trezentos dias de seu início.

O prazo pode e deve ser medido a partir da separação de corpos, quer requerida em juízo, quer comprovada por outros meios lícitos de prova, anteriores ou posteriores ao nascimento, seguindo nessa parte, o espírito orientador da Lei do Divórcio. Se o nascimento ocorreu durante matrimônio não dissolvido pelo trânsito em julgado da respectiva decisão ou sem separação de corpos homologada em juízo, o registro deve ser feito em nome do casal, não o podendo ser de outra forma, salvo se impugnado pelo marido, afirmando a não-coabitação. A excludente da paternidade tem confirmação pelos meios científicos disponíveis.

Para definir limites da presunção admitida pelo art. 1.598, a orientação do STJ deverá ser acompanhada com atenção pelos trabalhadores do Direito. Quando o Código aponta a *constância do casamento* refere, além da realida-

de formal (período no qual o matrimônio entre o homem e a mulher continuava lançado no registro público), a realidade substancial da coabitação. Por isso a proteção dos filhos fez incluir, no Código de 1916, o art. 367, que o texto atual repete, no art. 1.617, para confirmar a filiação, seja materna, seja paterna, resultante de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo, ainda que quando um ou ambos os cônjuges o tenha contraído de má-fé.

**Reprodução assistida** — A partir daqui e dando atenção específica à reprodução laboratorial, este ensaio toma rumo diferente, pois dada a novidade da lei, serão decompostas as alternativas sobre as quais se estenderá ao STJ, competência para definir as conseqüências jurídicas de cada uma delas.

A cautela se explica, muito embora as técnicas de reprodução assistida tenham encontrado suas formas mais avançadas na segunda metade do século XX (o primeiro *bebê de proveta* é de 1978, de menina nascida por reprodução **in vitro**). A história da ciência relata experiências de introdução do espermatozóide no útero da mulher entre 1905 e 1910 (**Kipp**, “Tratado”, Direito de Família, p. 5, nota 11, refere experiência de 1909). O médico **Roger Abdelmassih**, especialista na área da reprodução assistida, situou em ensaio a respeito, entre 1980 e 1990 “os dez anos responsáveis pelas grandes conquistas científicas da reprodução humana. Após o advento da fertilização **in vitro** (FIV) e do primeiro bebê de proveta, iniciou-se o processo de resolução dos problemas da infertilidade de muitos casais...” (Revista de Cultura do Imae — Instituto Metropolitano de Altos Estudos, ano 4, n. 10, p. 76).

Apesar dos progressos anotados, as experiências continuam e o Direito trafegará em vias paralelas com as novas conquistas médicas na área de reprodução, reduzindo o significado da filiação biológica, em sua feição tradicional.

Os três incisos finais do art. 1.597 do Código Civil cuidam da reprodução assistida. O legislador, contudo, ainda se sentiu em dificuldade para situar o objeto de sua regulamentação, chamando-a de fecundação (inciso III), concepção (inciso IV) e inseminação (inciso V), seguidos tais vocábulos pelo adjetivo *artificial*, a ser lido com cautela, pois só a formação do embrião requer técnicas laboratoriais. Todo o restante do procedimento é natural. A regra clássica de exegese, segundo a qual a lei não contém expressões inúteis ou desnecessárias, deve ser sacrificada, nesse caso: a pluralidade dos modos



de dizer, no Código, é estilístico. Pode dar-se, em casos concretos, de surgirem muitos debates a respeito, quando subirem recursos especiais, ante a novidade da matéria.

O sujeito passivo da ação expressa pelos verbos *fecundar* e *inseminar*, relativos aos substantivos mencionados, é a mulher. Só ela é fecundável ou inseminável. Ela é o sujeito ativo expresso pelo predicado conceber, quando o embrião acolhido inicia vida intra-uterina. Só ela concebe. As palavras referidas correspondem, nos primeiros verbos, à ação de, mediante transferência do embrião formado em laboratório, torná-la capaz de o gestar e de dar feto à luz. No outro caso a versão jurídica da artificialidade não é compatível com a realidade científica, pois o ato de conceber se desenvolve por inteiro no corpo da mulher (o óvulo é fecundado pelo espermatozóide). Na reprodução dita artificial o embrião é produzido fora do organismo feminino, mas **in vitro**, para ser transferido para a cavidade uterina, quando firmes os sinais de sua formação.

A concepção do futuro novo ser é, na nova estrutura legal:

a) *natural* — assim denominada por compreender o desenvolvimento dos processos da natureza reprodutiva dos seres humanos; não se confunde com a coabitação, pois esta não se destina necessariamente à reprodução;

b) *técnica* — é também denominada artificial ou assistida, compreendendo as subespécies seguintes, cuja formação depende do acordo dos esposos ou companheiros (na união estável) e das demais partes interessadas:

b.1) é *gerador* o cônjuge ou o companheiro e *gestadora* respectivamente sua esposa ou companheira (reprodução assistida homóloga);

b.2) é *gerador* o cônjuge ou o companheiro para fecundar óvulo de *fornecedora* estranha, não identificada e *gestadora* respectivamente a esposa ou companheira (reprodução assistida heteróloga);

b.3) é *fornecedor* estranho não identificado, para fecundar óvulo da *fornecedora gestadora* respectivamente esposa ou companheira;

b.4) é *fornecedor* estranho não identificado para fecundar óvulo de *geradora* não identificada, para transferência à *gestadora*, respectivamente esposa ou companheira;

c) são *geradores* o cônjuge ou o companheiro e respectivamente suas esposas ou companheiras, sendo *gestadora receptora depositária* mulher diversa, identificada com embrião formado por espermatozóides e óvulos dos geradores.

Nada obstante a diversidade de expressões utilizadas e a tradição hermenêutica, no caso de que se trata, não há como excluir a possibilidade de que os três incisos do artigo em exame se refiram a fenômeno fisiológico uniforme. Dizem a mesma coisa, quanto ao tipo de reprodução.

Além dos elementos subjetivos mencionados, há outros, objetivos, nos quais se detecta com maior clareza a reprodução assistida, nas duas espécies reconhecidas pelo Código Civil.

Diz-se *homóloga* quando praticada entre conviventes. A fecundação do óvulo da esposa ou companheira é feito pelo espermatozóide de seu marido ou companheiro.

É *heteróloga* em quatro alternativas:

a) os espermatozóides são do marido ou companheiro, mas o óvulo não é da esposa ou companheira;

b) os espermatozóides não são do marido ou companheiro, mas o óvulo é da esposa ou companheira;

c) os espermatozóides e o óvulo não são de qualquer dos dois componentes do casal de cônjuges ou companheiros; e finalmente,

d) nas mesmas alternativas de *a* a *c*, retro, o embrião é transferido para o útero de mulher, que não é a esposa ou companheira.

Na alternativa **d** a expressão *heteróloga* só se explica pela intervenção de mulher estranha, mas o filho pode ser originário de embrião formado com material dos esposos ou companheiros, ou seja, para manter a técnica do Código, de origem homóloga.

Já se vê do inciso III do art. 1.597 presumir-se na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o marido. Uma primeira reserva há de ser feita e esclarecida pois certamente surgirá quando o STJ vier a interpretar a regra: falecido o marido, o casamento já não subsiste, o que entra em confronto com o **caput** do artigo. Para que o dispositivo mencionado produza efeito, compatível com o sentido geral do artigo, é razoável entender-se que a fecundação ocorreu com sêmen do esposo ou companheiro, durante a vida dele, mas veio a falecer depois.

Para casal unido pelo matrimônio legal, o registro civil após o falecimento do varão não oferece dificuldade: será feito pela mãe ou por terceiro, na ordem prevista pela Lei de Registros Públicos (art. 51), com apoio na certidão de casamento. Em se tratando de união estável, morto o companheiro, será necessário comprovar a natureza homóloga da geração do embrião, com o sêmen do pré-morto, não substituível pela declaração da mulher. A declaração do falecido, por instrumento público, deve ser tida por boa, como manifestação de sua vontade, sem ser necessário comprovar que o embrião foi formado com sêmen do companheiro, salvo se houver dúvida ponderável quanto a ser dele a procedência do sêmen, e a união era insubsistente ao tempo da morte.

A redação dada ao inciso IV também não se compatibiliza, com o **ca-put**, na expressão *havidos a qualquer tempo*, cuja extensão compreende qualquer período anterior ou posterior à convivência. A especial distinção da alternativa está em *embriões excedentários*. Este vocábulo não vem referido nos dicionários. Trata-se de neologismo, por extensão de excedente, ou seja, o que sobra, o que excede o número útil. A indicação é compatível com os métodos hoje praticados de reprodução assistida, pois o número de embriões criados (ou pelo menos criáveis) pode eventualmente ultrapassar o limite permitido para a transferência, dependendo do número de tentativas. Bem-sucedida, por exemplo, a primeira, os demais embriões formados são excedentes ou excedentários na qualificação do inciso IV. Os filhos *havidos a qualquer tempo* com tais embriões só podem ser utilizados pelo próprio casal do qual se originaram, tanto pela falha das tentativas anteriores, quanto pelo sucesso dela, se mantidos de maneira cientificamente segura, sem risco de defeitos conseqüentes da má conservação. Os julgados do STJ devem demorar para chegar à conclusão uniforme, pois a tarefa interpretativa não será fácil.

A quinta e última alternativa prevista pelo art. 1.597 refere-se à presunção de concepção durante o casamento (inciso V) quanto havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Pareceria resultar da redação dada que a heterologia da inseminação seria apenas referente ao marido. Não é assim. Como incumbe ao pai o primeiro reconhecimento do filho para o registro civil, a anuência para essa prática é do marido ou companheiro, pois a mãe infértil, desde que aceite a fecundação do óvulo de outra mulher, com sêmen que não seja de seu marido ou companheiro para implantação em seu útero, também aceita as condições heterólogas de que se cuida.

A anuência do marido há de ser expressa, pois o direito e seu exercício regular, em face das condições científicas existentes, será sempre incompatível com a eventual recusa posterior do homem em retirar a afirmação de sua concordância. O registro feito nas condições aqui enunciadas é irrevogável e irreatável.

As alternativas do art. 1.598, mais presunções do art. 1.597 podem resultar no acolhimento da prova em contrário, pelos meios permitidos em direito, se a mulher, cujo casamento se desfez, casar-se novamente antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523. Se lhe sobrevier filho no curso deste consórcio, a criança se presumirá do primeiro marido, se o parto ocorrer dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento e, do segundo marido, se exaurido o período e ultrapassado o tempo a que se refere o inciso I do art. 1.597, mesmo em caso de anulação ou nulidade do matrimônio precedente. Situada a questão no campo estrito de prova, encontrará decisão própria fora do âmbito do recurso especial, salvo em circunstâncias particulares, que transcendam do substrato probante, mas se refiram à legitimidade da própria evidência apresentada.

Os característicos indicados no Código (presunção de ser o filho concebido na constância do casamento) têm força relativa, tanto que a mesma codificação permite, na órbita da prova, ilidir a presumida paternidade. Está no caso do art. 1.599, a impotência do marido para gerar, à época da concepção, indiferente, para tal efeito, se retomada posterior da capacidade geradora.

Em sentido contrário, a mulher confessadamente adúltera não supera a força da presunção legal da paternidade, em face de seu marido, dependendo de outras provas para determinar a filiação (art. 1.600). A legislação é sábia, nesse passo, pois tanto do ponto de vista científico, quanto jurídico, o adultério feminino não exclui a paternidade do cônjuge. Diante das presunções estabelecidas, limita-se ao marido a legitimidade e o interesse processual para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível (art. 1.601). Para ser claro: a imprescritibilidade favorece o marido enquanto tal. Não beneficia o ex-marido. Assestada a pretensão de exclusão da paternidade, pelo marido, a prova deve ser cabal, independente da confissão da mulher (art. 1.602).

O STJ tem entendido, quanto ao primeiro motivo, que a filiação biológica deve preponderar sobre outro critério. Para o menor, requerente da investigatória, a solução parece inatacável, mesmo em face de eventual imo-

ralidade de quem tenha o poder familiar sobre ele. O maior, não reconhecido, cujo registro apenas refira o nome da mãe, também tem legitimidade para pedir inclusão do nome de seu pai, independente das condições econômicas do réu. Todavia, essa alternativa, quando bem evidenciado que o fim do pedido é econômico-financeiro, mostrando-se imoral, desmerece o abono do Direito e da jurisprudência. É ponto no qual, como estudioso do Direito e como advogado, tenho manifestações contra o deferimento.

A exegese do art. 27 do ECA assim se desdobra:

a) a expressão *estado de filiação* se refere apenas ao filho menor, titular de pretensão moralmente isenta, não registrado em nome de pai;

b) a pretensão tem a natureza personalíssima, não extensível nem mesmo aos netos e aos espólios. Opinam a respeito os seguintes doutrinadores: **Antonio Chaves** (“Comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, Editora LTr, São Paulo, 1994, p. 142); **Washington de Barros Monteiro** (artigo encartado em “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, de vários autores, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 104); **Jurandir Norberto Marcuro, Munir Cury e Paulo Afonso Garrido de Paula** (“Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 24); **José Luiz Mônaco da Silva** (“Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pp. 44/45) e **Maria Helena Diniz** (“Dicionário Jurídico”, volume 2, verbetes “estado de filiação” e “estado de filho”, Saraiva, São Paulo, 1998).

c) o princípio da legalidade (Constituição, art. 5º, II), limita a aplicação do ECA à proteção da criança e do adolescente (art. 1º), nas faixas etárias previstas pelo art. 2º, com os direitos previstos para eles nos arts. 2º a 5º. A interpretação do ECA, conforme decorre de seu art. 6º, diz respeito a fins sociais determinados (a proteção da criança e do adolescente) e à condição peculiar de seus destinatários “como pessoas em desenvolvimento” (parte final do art. 6º). Assim, é de prever que a orientação jurisprudencial termine apontando nesse sentido, conforme já se orientou o Supremo Tribunal Federal.

O texto de 1916 afirmava a titularidade privativa do marido para o exercício desse direito, que subsiste, salvo para a alternativa do parágrafo único do art. 345. Eliminado o advérbio *privativamente*, em 2002, no qual essa restrição se expressava, não se sacrificou a titularidade do esposo. Conforme

dispunha o art. 345 de 1916 (embora com outra redação), o parágrafo único do art. 1.601 dispôs no sentido de que contestada a filiação, os herdeiros do impugnante, podem, querendo, prosseguir na ação. São dois requisitos: a alegação do marido, de não ser pai, na ação por ele proposta, transmite a legitimação para seus herdeiros.

Embora evidente, é apropriado recordar que, no art. 1.601 o verbo *contestar* é usado em sentido material, de recusa ao reconhecimento e não processual, de resposta a afirmação feita pela outra parte.

O Código de 2002 reconheceu duas alternativas básicas para as questões relativas ao registro. Na primeira tratou do registro feito por uma das pessoas às quais a lei atribui tal missão. Na segunda regulou os efeitos legais da não-realização ou de defeito dela. Para a alternativa inicial manteve (art. 1.603) a eficácia do lançamento do nascimento nos livros do registro civil de pessoas naturais, como elemento cabal de prova da filiação, restaurando em parte a norma que esteve em vigor até 1992, do Código Civil de 1916. Reafirma, portanto, a força da relação socioafetiva que tem, ao longo do tempo, produzido registros do que se convencionou chamar de “adoção à brasileira”. Quando formalizada ao tempo em que a intervenção judicial não era obrigatória, sua validade se reforça por ser o meio pelo qual pessoas têm registrado como seus, movidos por intuito nobre, filhos que não o são, dando-lhes amparo, alimento, educação, carinho. Situou-se no mesmo rumo da orientação adotada, quando a lei permitiu que o juiz dispensasse a aplicação da pena pela falsidade do registro, se evidente a intenção nobre de quem declarou o nascimento. O termo de nascimento assentado não tem força absoluta, em vida do assim adotado, mas só este pode mover a ação destinada invalidar a prova resultante do assento. Nesse caso, a paternidade afetiva deve sobrepor-se à biológica.

Para vindicar estado contrário ao que resulta do registro é necessário provar erro ou falsidade do registro (art. 1.604), limitando a duas alternativas o defeito anulatório, sendo a primeira o erro do declarante ou do delegado registrário civil e a segunda por falsidade consistente na atribuição de paternidade e/ou maternidade a quem não tenha tal condição. É a mesma regra incluída no art. 348 precedente, cujo cumprimento depende sempre da prova do defeito.

Sendo declarante o pai, a vontade dele se confirma, sem erro. Sua intenção corresponde ao declarado. Quando feito o registro por motivo nobre,

conforme reconhecido pelo art. 242 do Código Penal, em sua redação de 1981, a falsidade deixa de integrar o tipo, permitindo a não-aplicação da pena.

Faltante ou defeituoso o termo de nascimento (art. 1.605) fica aberta a possibilidade de se provar a filiação por qualquer modo admissível em direito, sendo exigível um começo de prova por escrito, se houver, repetido, deste modo, o texto do art. 349, de 1916.

Iniciada prova da filiação pelo filho, se este morrer menor ou incapaz, o direito passa aos seus herdeiros, os quais poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. É a alternativa única e exclusiva em que a natureza personalíssima da ação permite o ingresso de terceiros.

Embora a clonagem não tenha sido cientificamente possível para o ser humano quando estas palavras são escritas, pensa-se na possibilidade da criação de clones humanos ou partes de corpos humanos, para fins médicos, assim como para dar origem a seres clonados. O admitir a possibilidade chegará ao conjunto dos efeitos que pode produzir. Contudo, ainda não é caso de antecipar em que interferirá nas relações entre pais e filhos, ante a presente inviabilidade de sucesso do procedimento.

**A paternidade** — A segunda parte desta tentativa de situar problemas da formação jurisprudencial oriunda do Superior Tribunal de Justiça nos anos próximos, é dedicada às questões da paternidade, reconhecida pelo marido, companheiro ou por quem seja apontado como responsável pela gravidez da mulher. O reconhecimento do marido decorre do casamento, mas em todas as alternativas integra a proteção legal dos filhos, ante os efeitos produzidos pelo registro civil, válidos para os fins da individuação do ser humano, caracterização com sua família.

A palavra *reconhecimento* aparece muitas vezes na lei brasileira, mas sempre na acepção de admitir que um certo fato, juridicamente relevante, é existente ou afirmado de modo correto. *Reconhecer o filho*, em sentido amplo, corresponde à afirmativa de ser seu, oriundo ou não do casamento. Todavia, na lei brasileira o ato mencionado vem aceito quanto ao filho havido fora do casamento (art. 1.607), referido na codificação anterior como ilegítimo. Embora possam o pai e a mãe reconhecê-lo, em conjunto ou separadamente, em regra, resulta de manifestação do pai ou de imposição sobre ela por sentença judicial.

Repetindo a orientação adotada no Código de 1916, a contar do art. 355, o de 2002 dedicou um capítulo a esse ato, entre os arts. 1.607 e 1.617. O legislador não foi atento à redação de tais dispositivos, porquanto mesmo observando a acolhida da união estável, pela Constituição, manteve a redação antiga, que aludia apenas aos nascidos *fora do casamento*. Muito embora os filhos advindos de união estável sejam, tecnicamente, *fora do casamento*, a interpretação inuidosa desta expressão no STJ, não exclui o registro de filho havido pela entidade familiar composta pelo homem e pela mulher, com caráter permanente, não transformada no matrimônio legal e, por esse modo, reconhecido, em sentido amplo.

O reconhecimento da filiação cresceu de importância, enquanto declaração do pai ou de ambos os pais, depois que a lei incorporou aos seus ditames a reprodução assistida e após o retorno, com o Código de 2002, da predominância do registro civil como fundamento da individuação da pessoa humana, no direito brasileiro. O vocábulo *reconhecimento* tem, pois, o significado de admitir como certo que o filho, antes ou depois do casamento, é de um dos componentes do casal ou de ambos, assim sendo afirmado por eles, conjunta ou separadamente (art. 1.607).

Neste ensaio, no qual se pretende acentuar a missão do Superior Tribunal de Justiça no rediscutir o direito comum em nosso País, parece imprescindível, socorreremo-nos da exegese histórica, por mais paradoxal que isso pareça, ao menos com o resumo do que sucedeu durante o século XX. São dois os períodos a serem considerados: o do regime constitucional hoje vigente e o desenvolvido pelas leis esparsas modificadoras do Código de 1916. Antes da Constituição de 1988, a lei impunha que, em alguns casos, o registro civil de nascimento anotasse certas diferenças na qualificação dos filhos, tendo-os por *legítimos* ou *ilegítimos*, conforme fossem casados ou não os pais. Eram também distinguidos em *naturais*, também chamados, na linguagem jurídica, *bastardos* ou *espúrios*, conforme nascidos de pai e mãe *sem* impedimento para se casarem ou *com* impedimento, segundo a lei vigente quando da concepção. Quando o impedimento decorresse do casamento de um dos pais ou de ambos, eram *adulterinos*. Se conseqüente de parentesco entre os pais, consangüíneo ou afim, tinham a denominação de *incestuosos*.

O registro dos filhos espúrios sempre foi proibido, no antigo direito brasileiro, não sendo sua existência lançada nos livros paroquiais ou oficiais, vedado seu reconhecimento, mesmo depois da laicização do Direito de Famí-



lia, com a Constituição da República em 1891. A contar de 1949, quando editada a Lei n. 883, ampliando o âmbito do Decreto-Lei n. 3.200/1941, o filho adulterino passou a ter seu reconhecimento admitido, desde que dissolvida a sociedade conjugal (pelo então chamado *desquite*), também afirmada a legitimação ativa do filho para que lhe fosse declarada a filiação.

O Decreto n. 4.857, de 1939 (Regulamento dos Registros Públicos, expedido durante o Estado Novo, com força de lei) estabeleceu que, como regra, o filho ilegítimo, na designação aceita ao tempo, não seria reconhecido, salvo se o pai o autorizasse expressamente e, comparecendo por si ou por procurador bastante, assinasse o respectivo assento, diante de duas testemunhas. Com isso os incestuosos e os adulterinos continuaram com registro proibido.

Em 1941, o Decreto-Lei n. 3.200, adotando a denominação de *filhos naturais*, permitiu assento sem indicar a circunstância de serem legítimos ou não, salvo requerimento do interessado. Representou variável sobre o art. 337 do Código de 1916, (só reconhecia legítimos os filhos concebidos no matrimônio), mesmo levada em conta a ressalva do art. 38 do decreto-lei mencionado, pelo qual a referência relativa a filhos era só abrangente de legítimos, legitimados, naturais reconhecidos e adotivos.

A Lei n. 883/1949 ampliou a permissão quando, dissolvida a sociedade conjugal, por qualquer das alternativas previstas no Código, para permitir ao pai o reconhecimento do filho havido fora do casamento e assegurar legitimidade e interesse ao filho, para obter, em juízo, o reconhecimento da filiação. Essa lei assinala marco importante na trilha das mutações do Direito, com efeitos na jurisprudência, afastando o rigorismo clássico.

Já se observava então uma tendência de ampliar a inclusão da família, mesmo não formalizada pelo matrimônio, em certos benefícios da relação trabalhista ou previdenciária. Onze anos mais tarde a Lei n. 3.807/1960, ao dispor sobre a previdência social incluiu, como beneficiados, no art. 11, os dependentes do segurado, conforme veio a ser confirmado, já em 1976, pela Consolidação das Leis da Previdência Social, situando nessa categoria (inciso I) “a companheira mantida há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de dezoito anos ou inválidos, as filhas solteiras de qualquer condição, menores de vinte e um anos ou inválidas”. O art. 15 da Consolidação completava o entendimento, ao determinar que a dependência econômica dessas pessoas era presumida, com o acréscimo no art. 14, de ser lícita a

designação da companheira que vivesse com o segurado sob sua dependência econômica, mesmo não exclusiva, salvo se houvesse expressa manifestação do segurado em contrário.

No tempo da Lei n. 3.807/1960 à Consolidação, pelo menos duas leis extraordinárias apontaram no mesmo rumo. A de n. 4.494/1964 (Lei do Inquilinato), equiparou à situação do cônjuge sobrevivente as pessoas que, em família não oriunda do casamento, residissem no imóvel e, no despejo, o favorecimento do ascendente ou descendente, sem distinções. Nos mesmos moldes surgiu a Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos) a afirmar a legitimidade do interesse de quem, tendo relação de parentesco com o alimentante, pudesse afirmar a obrigação alimentar do devedor (art. 2<sup>a</sup> da lei).

Antes da Constituição de 1988, a regra legislativa em que mais se mostrou a evolução dos costumes foi a do art. 57 da Lei n. 6.015/1973. Vigorante a contar de 1<sup>a</sup> de janeiro de 1976, o § 2<sup>a</sup> desse dispositivo permitiu, embora excepcionalmente e havendo motivo ponderável, que a mulher solteira, separada judicialmente ou viúva requeresse averbação do patronímico de seu companheiro. A concessão foi sujeita a condições claras, como a da anuência do companheiro, a duração mínima de cinco anos para a união, o não prejuízo dos apelidos próprios da família da mulher, o não-impedimento legal para o casamento entre ambos, unilateral ou bilateral. Dada a natureza específica dessa averbação permite a lei, no § 5<sup>a</sup>, aditamento cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra. Tanto o aditamento, quanto o cancelamento, são processados em segredo de justiça (§ 6<sup>a</sup>). Depois da Constituição, a Lei n. 8.560/1992 adotou, como critérios para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, os mesmos que vieram a ser acolhidos pelo Código Civil, no art. 1.609.

Nesse campo, o Direito brasileiro — talvez por influência religiosa — foi dos mais demorados em acolher a eliminação das diferenças entre os filhos. Na Espanha, país igualmente de forte predominância católica, surgiu em 1931. O reconhecimento do filho incestuoso continuou proibido, essa virtude de razões científicas e jurídicas, nascido de ascendente com descendente, parentes afins em linha reta, adotante com o cônjuge do adotado e adotado com o cônjuge do adotante, irmãos e colaterais até o terceiro grau, inclusive, adotado com filho superveniente do pai ou da mãe adotiva, cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Editado o Decreto n. 4.957/1939 (Regulamento dos Registros Pú-

blicos) permitiu o registro de filhos legítimos e ilegítimos (só em nome da mãe, salvo se o pai o fizesse) e dos *expostos*. Assim eram chamadas as crianças deixadas em estabelecimentos de caridade, sem identificação própria e de seus pais, feito o registro a pedido dos administradores dessas mesmas casas.

A solução definitiva, a permitir o registro de todos os filhos, qualquer que fosse a origem, surgiu em 5 de outubro de 1988, quando a Constituição entrou em vigor, com seu art. 227.

Considerando que a paternidade e a maternidade sofreram substancial transformação científica e social, na vida brasileira, também as normas relativas ao reconhecimento passaram a ter interpretação nova, mesmo quando redigidas com as mesmas palavras do Código Civil de 1916. Subsistem, porém, duas espécies básicas: o reconhecimento *voluntário* e o *judicial*. Distinguem-se as formalidades correspondentes, conforme menor ou maior o reconhecido; pelo pai ou pela mãe e a negativa de reconhecimento ou a revogação deste, como resulta do exame dos arts. 1.607 a 1.617.

O art. 1.607 distingue filho havido fora do casamento, para diferenciar a hipótese de seu reconhecimento, o que põe sua análise em cotejo a igualdade prevista pelo art. 227 da Carta Magna. Não é, porém, caso de inconstitucionalidade, em primeiro lugar pela óbvia razão de permitir o reconhecimento, eliminando dúvida eventual se fosse omitido, de que estaria proibido; em segundo lugar porque a união estável, embora não formalizada como o matrimônio comum, tem sua plena validade jurídica reconhecida constitucionalmente.

Filhos havidos fora da união estável ou do casamento, entre pais solteiros, com ou sem grau de parentesco impeditivo do matrimônio e da união estável, mesmo entre absolutamente incapazes para os atos da vida civil, podem ser reconhecidos, porque é direito autônomo deles. A contar do reconhecimento, lançado no registro civil, este se torna imutável, posto que irrevogável. A irrevogabilidade vem afirmada no art. 1.609 que também afirma os requisitos correspondentes, a contar do primeiro, que retomou a antiga predominância do registro do nascimento.

O Código de 2002 se inseriu, como visto, em longo processo de transformação do reconhecimento dos filhos, desde as vedações constantes do texto original de 1916, sob o impacto das transformações sociais surgidas, sobretudo, na segunda metade do século XX. O art. 1.609 do Código Civil modifi-

cou a redação, mas retomou, no essencial, o velho texto do art. 357, de 1916, cuja orientação restaurou. Esta havia sido revogada implicitamente pelo art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, a qual, por seu turno veio a ser superada pela Lei da Investigação da Paternidade (Lei n. 8.560/1992, art. 1<sup>o</sup>), confirmada pelo texto codificado.

Da síntese feita percebe-se a evolução do sentimento social, modificando a lei, até chegar-se ao novo Código Civil. Na experiência brasileira tradicional, assim acolhida no art. 52 da Lei dos Registros Públicos, o primeiro obrigado à declaração de nascimento é o pai, seguindo-se-lhe, em sua falta ou impedimento, a mãe e outros sucessivamente, na ordem do dispositivo.

Além de ser procedido no registro civil, o reconhecimento do filho pode ocorrer por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório (art. 1.609, II) e mesmo por testamento (III), ainda que *incidentalmente* manifestado. A interpretação do advérbio de modo sugere que o reconhecimento não precisa ser formalizado por palavras sacramentais, mas pela simples referência, pelo testador, à pessoa que expressamente refira como filho. *Incidental* no inciso mencionado, tem o sentido de manifestação acessória, desligada do objetivo principal do testador, mas clara na afirmação da filiação proclamada. A derradeira forma admitida no art. 1.609 é a do inciso IV: “por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”, ou seja, para repetir, incidental.

Na normalidade dos casos o reconhecimento ocorre em vida do filho, mas pode subsistir validamente se afirmado antes do nascimento e mesmo depois de sua morte, se deixar descendentes. Não os deixando, deixaria de subsistir a legitimidade do interesse de promover o requerimento, razão pela qual o Código impõe esse limite.

A força do reconhecimento, afirmada na irrevogabilidade do art. 1.609, para filhos havidos fora do casamento, sofre confirmação definitiva, de maior amplitude, no art. 1.610 (“não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”). Cabem duas ordens de consideração a respeito. O reconhecimento é ato de vontade, manifestado por uma das formas previstas em lei. O casamento, formalizado quando o presidente do ato matrimonial assim o declara, se comprova pelo assentamento no registro civil de pessoas naturais. Marca o conhecimento aberto a todos os terceiros, conforme está no art. 10<sup>o</sup>, II, do Código Civil, para os fins previstos no art. 1<sup>o</sup> da Lei n. 6.015/1973.

A regra do art. 1.611 tem em vista a proteção da paz familiar, ao impedir que o filho havido fora do casamento, mas reconhecido por um dos cônjuges, resida no lar conjugal sem o consentimento do outro. A hipótese é fácil de ser visualizada em concreto: um dos cônjuges tem filho em virtude de relação adúlterina. Admite o fato e pratica os atos necessários de reconhecimento da criança assim nascida. O adultério, por si só, constituiu ofensa aos deveres matrimoniais e, tendo resultado em um filho, havido com terceira pessoa, cujo direito em relação à criança terá de ser respeitado, seria evidente fonte de perturbação (art. 1.611). A autorização é imprescindível, por motivos jurídicos e sociais, conforme a jurisprudência tem reiteradamente confirmado, em especial, quando o filho seja maior.

A alternativa proposta pelo art. 1.612, referente a filho reconhecido, enquanto menor, havido fora do casamento, o mantém sob a guarda do que o reconheceu. Se ambos os pais o reconheceram e não houver acordo, o juiz atribuirá a guarda a quem melhor atender aos interesses do menor. O STJ deverá retomar o debate, cabível na aplicação desse dispositivo, quanto a saber se o exercício do poder familiar do reconhecente pode desrespeitar a imposição do art. 1.611.

A interpretação sistemática leva a avaliação ao art. 1.613, com a ineficácia de condição e termo apostos ao ato de reconhecimento do filho, porquanto o reconhecimento vale por si mesmo, desde que declarado, insubsistentes as ressalvas pretendidas pelo reconhecente. Quando o art. 1.610 reforça seu sentido ao negar a revogação *nem mesmo quando feito em testamento*, quer excluir dúvida sobre o eventual contraste entre a revogabilidade plena resultante do testamento, como um todo, segundo se lê dos arts. 1.969 a 1.972. Muito possivelmente, o STJ dedicará atenção à interpretação histórica que, no caso poderá ajudar a compreensão, tendo em conta que o Código de 1916 não tinha norma com texto igual ao art. 1.610, mas seu art. 1.748 foi repetido quase integralmente no 1.971 de 2002. Ora, a norma do art. 1.971 não se aplica à força declaratória do reconhecimento. Cabe o cotejo entre os dois dispositivos, para melhor verificar que não são contraditórios. Diz o art. 1.971, que revogação do testamento produzirá seus efeitos, salvo se o ato revogatório “for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos”. Ora, o art. 1.610 se refere essencialmente à declaração, ao ato subjetivo de reconhecer o fato da filiação, que existe por si mesmo. Para valer não carece mesmo de afirmação formal, definitiva, podendo ser incidental. A nulidade da própria declaração (o declarante não

existe, o suposto declarante era falecido ao tempo da declaração, a assinatura é falsa, os documentos de identidade referidos não se referem a quem teria feito a declaração, por exemplo) uma vez reconhecida em juízo e qualificada pela coisa julgada, é exceção à regra de sua plena eficácia.

Se o termo de nascimento, por declaração de quem se apresentou como pai (posto que marido da mãe) ou por declaração de outras das pessoas indicadas no mesmo art. 52 da lei registraria, incluir o nome da mãe, esta tem o Direito, em sendo o caso, de recusar o reconhecimento matéria, na qual o STJ provavelmente manteve a jurisprudência clássica. O direito decorrerá do art. 1.608 do Código, mas sua contestação depende de pré-requisitos inafastáveis:

a) a maternidade consta do termo do nascimento do filho;

b) a contestação afirma a falsidade objetiva do próprio termo, por defeito inerente ao ato do registro pelo oficial dele encarregado ou por falsidade de sua indicação como autor do ato, com erro essencial, de boa ou de má-fé pelo declarante.

A filiação pode resultar de casamento declarado nulo (art. 1.617), ainda mesmo sem as condições do putativo (art. 1.561). Em ambos os casos a matéria estará a depender de prova, cujo exame será realizado nas instâncias ordinárias.

Duas hipóteses claras, de previsão expressa no Código, de não-validade do reconhecimento estão no art. 1.614:

a) o reconhecimento do filho maior de dezoito anos, ou emancipado aos dezesseis anos depende, para sua validade, de seu consentimento que não se presume, devendo ser expresso;

b) o reconhecimento do filho menor, relativa ou absolutamente incapaz, conforme tenha menos de dezesseis ou mais de dezesseis e menos de dezoito anos, vale quando afirmado, mas o menor o pode impugnar, nos quatro anos seguintes à maioridade ou à emancipação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 27, foi interpretado como tendo revogado o art. 362 do Código de 1916. Todavia, a norma codificada de 2002 restaurou o prazo quadrienal, revogando a imprescritibilidade definida pelo ECA, para alterar a jurisprudência gerada desde 1990.

Tem lógica o art. 1.616 ao dispor que julgado procedente pedido

investigatório e transitado em julgado, os efeitos da ação serão iguais ao que o reconhecimento produziria. A releitura do art. 1.615, na previsão de qual poderá ser a posição do STJ, sugere que o juiz tem discricção para impor que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

O art. 1.615, ao acrescentar alternativa para o disposto no art. 1.601, parece, a uma primeira leitura, ampliar a legitimação passiva para contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade, ao estendê-la a “qualquer pessoa, que justo interesse tenha”. Repetindo o Código de 1916, a norma não exclui a aplicação do art. 3º do Código de Processo Civil, pelo qual para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. Os teóricos do processo desenvolvem inúmeras considerações a respeito, em extensão que se agrava, na lei civil. Qualifica o interesse (*justo*), mas omite a legitimidade e isso mesmo para dar resposta à investigatória de filiação paterna ou materna. Com o qualificativo indicado, o interesse deixa de ser meramente processual, isto é, aquele em que o pedido satisfaz os requisitos para provocar a resposta do Estado, através de seu agente, o juiz, no amplo exercício da jurisdição. O conteúdo material ou substancial está presente na aplicação do art. 1.615. O contestante entra necessariamente na avaliação do mérito daquilo que o autor pede, sem o que não o poderá dizer injusto. A tutela repelida pelo contestante não é qualquer, mas uma, específica, desvestida da condição que tornaria justo, portanto, ético, moral, o interesse envolvido. Dá margem a muitas alternativas de interpretação.

Para entender a legitimidade, no caso específico de que se trata, é necessário recordar a condição do processo como componente de relação jurídica entre partes. O contestante, na leitura do art. 1.615, precisa ter capacidade civil em geral e, além desta, ter capacidade para estar naquele processo específico, no qual queira opor-se ao pedido formulado pela parte autora. Requisitos que esta, isonomicamente também há de satisfazer. Para terminar cabe referir a Lei n. 8.560/1992. Regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, revogando expressamente os arts. 332 (distinguiu filhos legítimos e ilegítimos), 337 (limitava o parentesco decorrente da adoção) e 347 (afirmava a prova da filiação legítima pelo registro de nascimento) do Código Civil de 1916, mas implicitamente de outras normas relativas à investigação de paternidade. Seu art. 1º foi revogado pelo art. 1.609 do Código Civil, pois este, com a mesma redação, dispôs a respeito do mesmo assunto.

A imprescritibilidade foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça quando a investigação de paternidade era requerida pelo pretense filho, mesmo depois de passados quatro anos de sua maioridade, querendo trocar o pai registrário, por outro. Não me parece **data venia** a melhor orientação, por dois motivos, sendo um moral, quando perceptível que a verdadeira razão, por trás do pedido, foi a substituição de um pai pobre, constante do registro civil, por outro rico, que se teria recusado do reconhecimento. O segundo motivo é o de que a imprescritibilidade se baseou no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, de âmbito limitadíssimo, nos termos dos seus arts. 1º e 2º, não aplicáveis aos maiores de 21 anos, antes do Código de 2002 ou de 18 anos, no regime posterior à vigência do texto de 2002.

Decorre do art. 227 da Constituição, que o registrador civil não acolherá qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto se forem gêmeos, bem como ao lugar de casamento dos pais ou ao estado civil deles, o que os arts. 5º e 6º da Lei 8.560 explicitaram em maior extensão. No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes. De igual modo, a lei proíbe a indicação, mesmo de meros indícios, de que a concepção tenha decorrido de relação extraconjugal. A lei permite ainda a acumulação do reconhecimento da paternidade, com alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite. Também nesta alternativa parece certo que a orientação do STJ se manteve estável, mesmo no procedimento referido a seguir, embora devam ser raros os casos que cheguem à alta Corte.

Tendo em vista o número crescente de filhos nascidos de mães solteiras, sobretudo em camadas mais pobres da população e, em particular, nos grandes centros urbanos, foi relevante a introdução do procedimento determinado pelo art. 2º, no qual é criada obrigação imposta ao delegado do registro civil, de, havendo registro de nascimento de menor apenas em nome da mãe, remeter ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. Os parágrafos do dispositivo mencionado fixam os passos seguintes tendentes a obter o reconhecimento da filiação, compreendendo atos do magistrado e do Ministério Público. Para os fins pretendidos neste ensaio, segue-se o resumo das alternativas mais comuns:



a) sempre que possível o juiz ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada. Confirmada ou não a alegação, mandará notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. Entende-se que mesmo negada a alegação, o suposto pai deve ser intimado, porque o parágrafo 1º afirma que, em qualquer caso será esse o procedimento adequado;

b) permitido, quando seja o caso, que a diligência seja realizada em segredo de justiça, assim preservando as partes de sua intimidade, confirmada a paternidade pelo indicado, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação no registro feito precedentemente como declarado pela mãe;

c) para as hipóteses de não-comparecimento do suposto pai nos trinta dias seguintes à notificação judicial ou, comparecendo para negar a paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público. Se este entender, segundo seu próprio critério, que há elementos suficientes proporá a investigatória de paternidade. Em qualquer caso, independente da iniciativa do Ministério Público, qualquer pessoa que tenha legítimo interesse de intentar investigação, para obter o reconhecimento.

O art. 3º da lei proíbe a legitimação e o reconhecimento do filho na ata do casamento, mas o patronímico materno pode ser alterado por averbação, no termo de nascimento do filho, quando a mãe contrair matrimônio com o pai da criança ou com terceiro.

**Conclusão** — Nem se faria necessário concluir, tal a insistência recorrente em que o temário do Direito de Família surgiu neste trabalho. Os próximos quinze anos serão de estudo, honra e glória para o Superior Tribunal de Justiça na medida em que reexamine e reformule a jurisprudência do Direito comum, no amplo espaço de sua competência constitucional, aqui enfocado, em todas as interferências geradas pela estrutura orgânica do novo Código Civil.

As responsabilidades envolvidas nessa tarefa são as mais complexas e sérias. Vêm precedidas pelas experiências geradas pelo texto exemplar de 1916 e por dezenas de leis especiais nascidas de realidades transformadoras das relações humanas, como nunca antes se verificou na história do Brasil. Apesar desse influxo precioso do passado, a tarefa do futuro ultrapassará todas as barreiras, antes assinaladas, da interferência judicial.



**O ato cooperativo e o tratamento tributário constitucional.**

**Ives Gandra da Silva Martins**

## O ATO COOPERATIVO E O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL.

**Ives Gandra da Silva Martins**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

Rediscute-se, novamente no País, a importância da atividade cooperativa e a importância que tal tipo de relacionamento pode ofertar às relações econômicas, no sentido de reduzir encargos e gerar reflexos menos impactantes sobre os níveis de preços e a própria inflação.

Neste estudo para o livro comemorativo dos 15 anos do Superior Tribunal de Justiça, retorno ao tema que já cuidara quando da elaboração dos “Comentários à Constituição do Brasil”, com o saudoso **Celso Bastos**, na edição veiculada pela Saraiva, assim como nas manifestações em palestras e artigos. É que a matéria merece um exame jurídico para só depois se justificar a análise econômica possível, à luz do Direito pátrio.

Algumas das considerações, portanto, que farei decorrem da natureza do meu posicionamento doutrinário que, no correr destes últimos anos, tenho assumido sobre as cooperativas, o ato cooperativo e, principalmente, as cooperativas de serviços, em escritos, palestras e livros.

Uma observação preambular antes das demais considerações é que a Lei 5.764/1971, embora cuide da *valorização* das cooperativas como dimensão da atividade econômica menos onerosa para a cidadania e propiciadora do desenvolvimento por suas variadas facetas, é ainda insuficiente para atender a nítida intenção constituinte de realçar o papel dessas entidades no cenário social e econômico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Escrevi: “Penso que a matéria possa ser examinada à luz de dois tipos de atos. Aquele que torna o membro da cooperativa seu integrante e os atos de comércio praticados pela cooperativa.

Não vislumbro, pois, à primeira vista, a possibilidade de outros aspectos do cooperativismo necessitarem de lei complementar para veiculação, visto que apenas do ato cooperativo a Lei Suprema cuidou” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, t.1. p. 108)

<sup>2</sup> O artigo 4º da Lei n. 5.764/1971 está assim redigido: “Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

Em dois dispositivos, entre outros, cristalinamente, o constituinte ofertou tratamento diferencial às cooperativas, ou seja, no aspecto econômico (174, § 2<sup>o</sup>) e no tributário (146, III, letra c), impondo (poder-dever) ao Estado, a obrigatoriedade de privilegiar tal tipo associativo<sup>3</sup>.

Muito embora possa-se tirar da legislação recepcionada de 1971, mediante interpretação, as conclusões que a seguir apresentarei, admito que a solução ideal seria, em nível de **lege ferenda**, ofertar, o Congresso Nacional, legislação adequada ao texto de 1988, que, se fosse veiculado, no concernente ao direito tributário, por lei complementar, obrigaria todas as entidades federativas.

Tendo o Presidente Lula — e seu partido político— sempre propugnado pela valorização do cooperativismo, parece-me ser o momento oportuno

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II -variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III- limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI - **quorum** para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII- retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX -neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços”.

<sup>3</sup> **Celso Bastos** comenta o § 2<sup>o</sup> do artigo 174, dizendo: “O estímulo ao cooperativismo encontra inspiração muito visível nas Constituições portuguesa e espanhola. Tal como na nossa, o que ali se procura é fomentar essa modalidade associativa, que apresenta, sem dúvida nenhuma, um grande alcance social, quando levada a efeito, debaixo de um autêntico espírito cooperativo.

No entanto, o Estado não pode impor essa modalidade de organização. **Gomes Canotilho e Vital Moreira** fazem excelente observação em torno deste ponto:

“O Estado está obrigado a estimular e a apoiar a criação de cooperativas, bem como a sua actividade, mas não pode impô-las nem tutelá-las. Para que esta obrigação estadual não vá de encontro à liberdade de constituir cooperativas e ao direito destas de prosseguirem livremente suas actividades, os estímulos e apoios do Estado não podem traduzir-se em formas de ingerência na Constituição ou na vida das cooperativas e devem pautar-se pelos princípios de igualdade, da imparcialidade e da não discriminação. Constitucionalmente, pode (e deve) haver um cooperativismo de Estado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 2. ed. ver. e ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. I, p. 414) (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7, p. 101-103).

para produção de legislação abrangente, organizativa, com objetivos econômicos nítidos e tratamento tributário incontroverso, com o que restaria fortalecido o atual cooperativismo, com custos menores e evolução maior, a favor do desenvolvimento nacional.

Nem por isso, a legislação vigente deixa, entretanto, de ofertar elementos suficientes para uma exegese integrativa da lei ordinária promulgada sob a Carta pretérita e recepcionada pela Constituição de 1988, que regulou as cooperativas e a inequívoca opção constituinte por tais entidades, expressa, fundamentalmente, nos artigos 146, inciso III, letra c e 174, § 2<sup>o</sup> <sup>4</sup>.

Passo, pois, a analisar a legislação vigente, comentando alguns pontos a ela referentes, que me parecem de relevância.

O primeiro passo é definir o que seja uma sociedade cooperativa <sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Estou convencido que no tocante a tal exegese, no campo tributário, a lei de 1971 foi recepcionada, em nível de lei complementar. Lembro a lição de **Luciano da Silva Amaro** sobre idêntica recepção do CTN (lei ordinária) pela Constituição de 1967: "É correta a conclusão a que a doutrina pátria, no sentido que o CTN vigora plenamente após a Constituição de 1967, e tem eficácia de lei complementar. O que talvez mereça ser mais precisamente fixado é o fundamento jurídico dessa eficácia", continuando: "Onde, segundo nos parece, está o encaminhamento da questão é no princípio da recepção, estudado no Direito Constitucional Comparado.

Por esse princípio, quando se cria novo ordenamento jurídico-político fundamental (nova Constituição), a ordem jurídica pré-existente, no que não conflite, materialmente, com aquele, permanece vigorando, é aceita pela nova ordem constitucional, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração, desde que conforme ao previsto na época dessa elaboração, pois, não o sendo, a invalidade teria atingido a legislação já desde o seu nascimento" (Direito Tributário nº 3, José Bushatsky Editor, 1977, p. 288).

<sup>5</sup> A Constituição Federal em diversos dispositivos oferta tratamento diferencial às cooperativas, nos artigos 5<sup>o</sup>, inciso XVIII, 21, inciso XXV, 174, §§ 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>, 146, inciso III, letra c, 187, VI, 192, inciso VIII, e 199, § 1<sup>o</sup>, estando os dispositivos assim redigidos:

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

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento";

Art. 21 Compete à União: ...

XXV - registros públicos;

Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 2<sup>o</sup> A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3<sup>o</sup> O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4<sup>o</sup> As cooperativas a que se refere o § anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 146. Cabe à lei complementar: ... III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: ... c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

O segundo, é explicitar o perfil do ato cooperativo.

O terceiro, verificar, a título exemplificativo, se os “planos de saúde”, patrocinados por cooperativas — tipologicamente diferentes dos demais planos conhecidos — estariam ou não compreendidos na norma que definiu seu objeto social e, por outro lado, se seriam ou não atos cooperativos, aqueles atos decorrenciais de sua administração e existência.

Reza o artigo 5<sup>o</sup> da lei das sociedades cooperativas (5.764 de 16.12.1971), o seguinte:

“As sociedades cooperativas poderão adotar por *objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade*, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão “cooperativa” em sua denominação”.<sup>6</sup> (Grifos meus)

A primeira disposição, claramente, enuncia que pode ser objeto social da cooperativa qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Vale dizer, nenhum objeto lícito de atividade econômica é de se excluir à formação das cooperativas.

Onde não distingue a lei, ao intérprete não cabe distinguir. Desde que não ilícita, portanto, qualquer atividade de densidade econômica, pode ser objeto social de uma cooperativa.

(...)

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: ... VI - o cooperativismo;

(...)

Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: ... VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1<sup>o</sup> As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

<sup>6</sup> **Pinto Ferreira** comenta o artigo 174, § 2<sup>o</sup>, dizendo: “Estímulo ao cooperativismo — O cooperativismo constitui uma forma de ajuda mútua dos seus integrantes, a fim de evitar custos de consumo, produção e crédito em favor de pessoas estranhas aos associados. *Objetiva valorizar o homem, bem como aumentar a produtividade econômica, como um acelerador e multiplicador do desenvolvimento econômico.* Objetiva ainda suprir de bens e serviços os seus membros, bem como promover uma programação social e educativa (V. comentários ao art. 187, VI)” (FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6, p. 359). (Grifos meus)

O segundo aspecto é que o seu escopo é exclusivo, o que vale dizer, atuação em prol dos cooperados, sendo albergador daquelas atividades próprias das relações econômicas. A exclusividade diz respeito, como é óbvio, apenas à partilha dos benefícios entre os cooperados, visto que não há possibilidade de as operações concernentes ao objeto social serem exclusivamente dos cooperados. Até mesmo nas cooperativas de consumo, os bens, que são disponibilizados aos cooperados, são adquiridos de terceiros, o mais das vezes, não cooperados<sup>7</sup>.

O terceiro elemento, de natureza formal, é que tais entidades devem ostentar, em sua denominação, a expressão “cooperativa”.

O objeto social das cooperativas, à evidência, perfila o das próprias sociedades, de vez que, pelo artigo 3º da Lei n. 5.764/1971, estão assim esculpidas:

“Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o *exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*”. (Grifos meus)

Ainda aqui, idêntico espírito ofertam os elementos que compõem os contornos do desenho legislativo, em tríplice enunciado.

No primeiro deles, os cooperados, ou seja, as pessoas que assinam o contrato instituidor da entidade, obrigam-se a contribuir, reciprocamente, com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica. Este primeiro requisito não diferencia a formação de uma cooperativa da de qualquer outra sociedade ou instituição.

Já o segundo, reduz o âmbito das semelhanças, eliminando todas as associações beneméritas, visto que as características da entidade benemérita e/ou filantrópica é atuar em proveito de outrem, ou seja, de terceiros que não se confundem com as pessoas que as constituem.

Ora, as cooperativas objetivam *proveito comum* dos cooperados.

O terceiro aspecto, que torna o modelo único, é o fato de que a entidade

---

<sup>7</sup> **Maria Helena Diniz** assim conforma a cooperativa de consumo: “*Cooperativa de consumo*. Direito Civil. É aquela que compra produtos por atacado a fim de revendê-los a seus associados, para consumo pessoal ou domiciliar, a preço de custo, acrescido de pequena porcentagem para as despesas, repartindo entre aqueles os razoáveis lucros anuais verificados pelo balanço” (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 886).

não pode ter como objetivo o lucro. Os cooperados podem se beneficiar das atividades cooperadas (proveito comum), mas a entidade não pode pretender o lucro<sup>8</sup>.

Este terceiro requisito afasta a semelhança com as entidades de fins lucrativos.

Não analisarei o artigo 4<sup>o</sup>, que oferta as condições formais para a configuração de uma cooperativa e que explicita, em dois pontos, tratar-se de:

- a) sociedade de pessoas
- b) constituída para prestar serviços aos associados.

Em perfunctória exegese, são estas as características mais relevantes das sociedades cooperativas e de seu objeto social.

<sup>8</sup> Renato Lopes Becho esclarece: "Dizer que uma cooperativa é uma empresa significa, para nós, dizer que há um grupo de pessoas que aportam capital, trabalho, dedicação, esforço e energia para a consecução de um fim específico, de conteúdo econômico, buscando um objetivo direto ou indireto, para si ou para os seus.

Uma atividade empresarial se diferencia pela finalidade e pela atuação de uma atividade pia, de natureza humanitária, caritativa. Uma cooperativa não é uma instituição de caridade. É uma empresa.

Entretanto, assim como as sociedades caritativas não possuem finalidade lucrativa, a cooperativa também não possui. Tanto é assim que, logo no artigo 3<sup>o</sup> da Lei n. 5.764/1971 encontramos, na definição legal de cooperativa, sua finalidade distanciada do lucro, ao lado do reconhecimento de sua natureza econômica. Essa natureza diferenciará, com traços indelévels, as cooperativas das instituições humanitárias.

É o meio econômico, assim como afasta o nosso objetivo de estudo das associações pias, aproxima o das demais empresas, civis e comerciais. Tanto aproxima que as ações de uma cooperativa mais aparentam atividade comercial ou civil, genericamente, do que de caridade.

Porém, o objetivo não lucrativo das cooperativas é traço marcante para afastá-las das demais formas empresariais.

Entretanto, por ser atividade econômica, a cooperativa precisará ter contabilidade própria, operará no meio empresarial intensamente, e produzirá, como decorrência também econômica — por trabalhar com dinheiro — resultados econômicos. Esses resultados podem ser positivos, neutros ou negativos, da mesma forma que as empresas comerciais ou civis que trabalham com dinheiro.

Se na aparência (que pouco significa para o Direito, v.g. ser o navio, em termos jurídicos, bem imóvel) esses resultados são iguais, juridicamente, se diferenciam radicalmente.

Vamos demonstrar, assim, que o resultado positivo de uma cooperativa não se confunde com o resultado positivo de empresas lucrativas. E não se confunde com o objetivo (cooperativa é entidade não lucrativa) e também na destinação desse eventual resultado financeiro. É disso (a destinação) que trata o princípio em tela.

Internamente, os resultados positivos das cooperativas devem voltar para os associados, na proporção de suas operações com a instituição (letra e do princípio em tela). Podem decidir, contudo, mantê-los na sociedade, ou como forma de aumento do capital (que não será remunerado, como vimos no item precedente), ou doá-los à sociedade.

Esse resultado positivo é chamado de excedente ou sobra, porque a empresa cooperativa busca, para si apenas a satisfação dos custos administrativos e operacionais, para atingir resultado que lhe é obrigatório, como veremos no momento oportuno. Esse resultado é igual a zero" (BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Dialética, 1999. p. 112-113).



Para efeitos do presente estudo, é de se realçar, fundamentalmente, o fato de as atividades *terem densidade econômica, objetivarem servir aos associados e não terem intuito lucrativo*<sup>9</sup>.

Passo, agora, ao exame do segundo aspecto preambular, qual seja, o ato praticado pela cooperativa e sua natureza.

Como o direito comercial tem, como seu elemento de maior densidade, o ato mercantil, o direito cooperativo tem, no ato cooperativo, a razão de sua existência.

Declara o artigo 79 da retrocitada lei, que:

“Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria”.

O ato cooperativo é aquele, portanto, que se realiza entre:

- a) a cooperativa e seus associados;
- b) entre seus associados e a cooperativa;
- c) entre cooperativas,

Sempre na busca dos objetivos sociais da instituição. O parágrafo único, ao retirar natureza mercantil à relação entre as cooperativas entre si e entre estas e seus cooperados, declara que o ato cooperativo não caracteriza:

---

<sup>9</sup> Em profissão de fé. **José Cretella Jr.** afirma: “Conseguida a supressão o cooperativismo vencerá o capitalismo, assumindo-lhe o lugar, e passando a orientar a indústria e a agricultura”, concluindo “A lei apoiará e estimulará outras formas de associativismo, assim como o faz com as cooperativas. Na verdade, a lei nem apóia e nem estimula. A lei estabelece meios de apoio e meios de estímulo, como se dirá em redação mais técnica.

Os integrantes da cooperativa, os corporados, ou, de modo mais específico, os cooperados, são os próprios produtores ou consumidores que, associados, promovem a melhoria de seus ganhos pessoais. Funcionando para os próprios cooperados, a cooperativa funciona em benefício do elemento pessoal que a organiza. Se os produtores, por um lado, podem organizar cooperativas para melhor atuar no mercado, os consumidores, por outro lado, podem associar -se, mediante a cooperativa, e adquirir bens e serviços por melhores preços.

Na cooperativa, o cooperado é usuário ou cliente, regendo a entidade o princípio da dupla qualidade. Na cooperativa, agrícola ou pecuária, por exemplo, o agricultor e o pecuarista entregam a colheita ou o gado, respectivamente, para que tais produtos sejam vendidos pela entidade associativa, vigorando, então, o princípio da identidade, isto é, o objetivo da empresa coincide com o dos cooperados” (CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1993. v. 8, p. 4.050-4.051).

1. a existência de uma operação de mercado, nem
2. a obrigação de um contrato de compra e venda de produto ou mercadoria<sup>10</sup>.

À evidência, apenas os atos entre cooperados e associados são atos cooperativos.

Praticam, as cooperativas, inúmeros atos não cooperativos essenciais à sua existência, podendo ser atos mercantis puros.

Uma cooperativa de consumo, por exemplo, ao adquirir os produtos que disponibilizará a seus associados, a preço pouco superior ao custo, pratica atos de natureza mercantil, visto que, no outro pólo, encontra-se, no mais das vezes, empresa mercantil.

No momento, todavia, em que revende *os produtos adquiridos* para seus associados, o ato de mercantil se descaracteriza como tal e passa a ser *um ato cooperativo*, porque praticado entre a cooperativa e seus associados, ainda que o preço seja superior ao da *aquisição mercantil*<sup>11</sup>.

Em uma cooperativa de serviços ou de produção — que angaria clientes e disponibiliza atividades para os cooperados, *sendo este o seu objeto social* — todos os atos praticados pela cooperativa tendentes a conquistar uma clien-

<sup>10</sup> **Geraldo Ataliba**, anos atrás, em parecer a que tive acesso, declara, com precisão, que: “Os atos cooperativos, não configuram serviços, em sentido técnico. Os atos em questão referem-se a relações internas entre cooperativa e cooperado, idênticas às que correlacionam sócios e sociedade, quaisquer que sejam o tipo de natureza. Assim como não se pode falar em serviço tributável em decorrência das relações entre o sócio e a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inviável cogitar de serviço tributável, igualmente, nas relações que enlaçam cooperativa e cooperado (...) Só há prestação de serviços, onde haja terceiros.

Cooperado e cooperativa, umbilicalmente ligados, não são terceiros, um em relação à outra, ou esta em relação àquele.

O ato cooperativo configura o impropriamente designado, mas expressivo “serviço para si próprio”, intributável por excelência porque não há, tecnicamente, serviço para si mesmo. Ausente está o requisito indispensável da presença de outrem, do terceiro destinatário alheio à sociedade”, concluindo: “Em síntese: a) — os “serviços” das cooperativas são intributáveis, à luz da conotação constitucional de serviço:

h) — ainda que assim não fosse — **ad argumentandum tantum** — não seria tributável por ausência de previsão em lei municipal”.

<sup>11</sup> O TRF-3ª Região decidiu que o ato cooperativo não seria tributável pelo imposto sobre a renda, ao dizer: “Imposto de Renda. Ato cooperativo. Não-incidência. Os rendimentos decorrentes de operações financeiras de sociedades cooperativas praticadas a fim de preservar as disponibilidades de caixa não são tributáveis pelo Imposto de Renda. O elenco do art. 129 do Regulamento do Imposto de Renda é exaustivo na configuração das hipóteses em que haverá tributação, por se tratar de desvirtuamento da atividade cooperativa. Não é cabível a interpretação extensiva do art. 111 da Lei n. 5.764/1971, e do art. 129 do RIR que lhe corresponde, sob pena de se frustrar o alcance da exoneração tributária instituída em favor da atividade. Apelação improvida” (TRF 3ª Região, AC n. 91.03.024908/SP, Rel. Juiz Andrade Martins, Quarta Turma, decisão: 15.06.1994, DJ 2, de 08.08.1995, p. 49.478”).

tela para os associados são atos cooperativos, visto que, em verdade, *constituem a própria essência da cooperativa assim organizada*.

Ao contrário das cooperativas de consumo — em que a primeira fase do ato tem característica mercantil e apenas o ato de transferência de mercadorias ou bens da cooperativa para os associados passa a comportar a figuração jurídica de ato cooperativo — nas cooperativas de produção ou de serviço, a ação de atrair clientes para os associados formata o ato cooperativo **ab initio**, inclusive na própria atuação de disponibilizar bens e mercadorias de terceiros.

É que a relação com terceiros é instrumento essencial, nas cooperativas de produção ou serviços, visto que são os terceiros que viabilizam o interesse comum, propiciado pela cooperativa, ao buscar e conquistar clientes, ou veiculando a produção dos cooperados para eventuais interessados.

Neste caso, como o pólo ativo é ocupado por um cooperado, o intermediário é a cooperativa e no pólo passivo encontra-se o terceiro atraído pela ação da entidade, o ato decorrente dessa relação, tem natureza cooperativa e não mercantil. Até porque, se não tivesse tal natureza, não poderia jamais haver cooperativas de produção ou serviços, visto que terceiros não cooperados são sempre o mercado a ser atingido<sup>12</sup>.

Esta distinção é essencial para que se possa compreender a orientação dos Tribunais Superiores, sobre a matéria, embora não tenham ainda examinado as particularidades que diferenciam os “atos mercantis” praticados pe-

---

<sup>12</sup> Leia-se, por exemplo, o Recurso Especial n. 254.549/CE (2000/0033977-6): “Tributário. ISS. Cooperativas médicas. Incidência.

1. As Cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de atos: a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em benefício dos seus associados que prestam serviços médicos a terceiros; b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus planos de saúde.

2. Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79 da Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme determinação do art. 87 da Lei n. 5.764/1971.

3. As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam, na essência, no relacionamento com terceiros, atividades empresariais de prestação de serviços remunerados.

4. Incidência do ISS sobre os valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. Atos não cooperados.

5. Recurso provido”.

Se se levasse às últimas conseqüências o deliberado, *jamais* poderia haver cooperativas médicas, pois estas objetivam sempre atrair clientes para os médicos, administrando esta forma de conquista, com estruturas próprias. A decisão merece, pois, revisão conceitual.

las cooperativas de consumo, dos “atos cooperativos”, que são aqueles próprios das cooperativas de serviços ou produção.

Em outras palavras, ainda não mereceu maior reflexão o fato de as cooperativas de produção e serviço apenas trabalharem com terceiros não cooperados (busca de clientela), *sendo todos os seus atos cooperativos*, visto que direcionam os possíveis usuários para serviços prestados *exclusivamente* pelos associados.

Tal posicionamento leva-me, agora, à terceira consideração, concernente, especificamente, às cooperativas de prestação de serviços médicos, que tomo para exemplificar e que devem ser examinadas, na inteligência que extraio dos dispositivos retrocitados, à luz de suas características próprias e diversas dos demais serviços médicos ofertados em planos de saúde, por entidades que não são cooperativas<sup>13</sup>.

A cooperativa médica é organizada para assegurar serviços em prol de seus associados, estes, por suas atividades profissionais, sendo contribuintes dos diversos tributos incidentes sobre o trabalho que realizam.

A função essencial da cooperativa médica é, portanto, exclusivamente prestar serviços para seus cooperados, todos médicos.

---

<sup>13</sup> Já o STF, em acórdão que me foi encaminhado por Cooperativa, afirma que: “A apelada é uma cooperativa e se rege pela legislação especial concernente a este tipo de sociedade. Exerce atividades sem fim lucrativo, visando à captação de clientela para os médicos e hospitais seus associados, não havendo outros, de profissões ou ramo comercial diferentes. Os clientes escolhem livremente os médicos e hospitais e lhes pagam os honorários e serviços, através da autora, a qual, depois, lhes repassa, retendo uma parcela, que se destina ao custeio de suas despesas administrativas e outras.

Não se trata de uma intermediação comum, como se fosse a autora um escritório de corretagem, que percebesse comissão por este tipo de serviço. Ela nada recebe de qualquer dos interessados a título de compensação ou lucro.

Realiza a autora, assim, o seu objetivo estatutário de buscar o aprimoramento da assistência médico-hospitalar, reduzindo-lhe os custos, porque seus cooperados percebem por uma tabela especial, inferior aos padrões comuns, preservando-se a liberdade de escolha pelo cliente.

Quem ganha com a atividade da cooperativa não é esta, mas sim, os seus cooperados e as pessoas que utilizam dos serviços destas.

Ocorre que os médicos e hospitais são contribuintes deste imposto e importaria em indistigável bitributação a cobrança do mesmo tributo, pela mesma atividade, também da cooperativa.

O ISSQN pressupõe a finalidade lucrativa da atividade exercida por seus contribuintes, afastando-se a sua incidência se se trata de idade cooperativa, como a autora, cujos objetivos não prevêm o lucro, como ficou dito e, ainda que este ocorra, reverterá em benefício de seus associados.

A atividade da autora não se insere em qualquer dos itens da lista de serviços tributáveis, que acompanha os Decretos-Leis n. 406/1968 e 843/1969, tratando-se, pois, de não-incidência do imposto, como salientou o representante do Ministério Público, em seu excelente parecer de fls. 267/270, cujos fundamentos e conclusão a douta Procuradoria da Justiça subscreveu **in totum**.

Tais serviços, à evidência, como determina o artigo 3º da Lei n. 5.764/1971, são realizados em “proveito comum”.

A cooperativa angaria clientes para seus cooperados e, por esta razão, este ato é tipicamente um ato cooperativo<sup>14</sup>.

Ocorre que os médicos associados à cooperativa não são apenas clínicos, mas especialistas em diversas áreas, grande parcela sendo constituída de cirurgiões.

Para o exercício de sua atividade, esses associados necessitam utilizar suporte instrumental ofertado pelos hospitais, casas de saúde etc. Um médico-cirurgião não pode exercer sua atividade sem o aparato hospitalar.

Sustentar o contrário seria o mesmo que admitir a possibilidade de um soldado ir à guerra sem armas ou com armas sem munição<sup>15</sup>.

Nitidamente, não descaracteriza os serviços da cooperativa encaminhar clientes para hospitais onde seus cooperados atendam seus pacientes. O

---

<sup>14</sup> O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas no verbete “Cooperativas”, veicula o seguinte esboço: “Cooperativa. S. f. (Lat., de cooperation) Dir. Obr. Sociedade de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil, não sujeita a falência, constituída para prestar serviços aos associados, ou cooperativados, e que se distingue das demais sociedades de natureza econômica, além das peculiaridades especificadas em lei, em que não distribui lucros, mas resultados provenientes de suas operações. Cognatos: cooperativado (s.m.), participante de cooperativa; cooperativismo (s.m.), doutrina econômica sobre o sistema cooperativo, ou das cooperativas; cooperativista (adj. E s. 2 g.), relativo a cooperativas; adepto do cooperativismo. CF, arts. 5 (XVIII), 174, § 2º; Lei n. 5.764, de 16.12.1971 (Lei n. 6.981, de 30.03.1982)” (grifos meus) (SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário jurídico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1996. p. 205).

<sup>15</sup> Tal percepção nitidamente houve por parte do STJ, como se percebe no REsp n. 33.260/SP:

“Acórdão: REsp n. 33.260/SP; Recurso Especial (1993/0007659-0)

Fonte: DJ de 07.06.1993 p. 11.244

Relator: Ministro Garcia Vieira (1082)

Data da Decisão: 28.04.1993

Órgão Julgador: T1 — Primeira Turma

Ementa: ISS — Cooperativa médica sem fins lucrativos.

Não estão obrigadas ao recolhimento do iss as cooperativas, constituídas para prestar serviços a seus associados, sem fins lucrativos.

A correção monetária na repetição de indébito é calculada nos termos da súmula n. 46 do extinto tfr.

Recursos improvidos.

Decisão: Por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Referências Legislativas: Leg:Fed Lei n. 5.764, de 1971

Arts. 4º, 5º, 7º e 3º

Leg:Fed. Súmula n. 46 ano: \*\*\*\* (TFR)

Veja: REsp n. 30.392-1/SP, REsp n. 12.370/PE, REsp n. 1.577/SP, (STJ)”.

ato cooperativo é o ato de encaminhar pacientes para a prestação de serviços, submetendo-se, a atuação individual do médico ou do estabelecimento hospitalar, à tributação normal de uma prestação de serviços remunerada.

Em outras palavras, o ato de angariar e levar clientes para os associados é típico ato cooperativo. A prestação de serviços pelo associado ou sistema hospitalar por ele indicado é ato de exercício profissional, remunerado e tributado<sup>16</sup>.

Um ponto, agora, de natureza tributária, na exegese constitucional, merece consideração.

A letra **c** do inciso III do artigo 146 da CF declara que:

“c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”, ofertando conotação diferencial ao ato cooperativo, em relação a todos os demais atos de densidade econômica.

Há decisão do STF declarando que “adequado” não quer dizer “necessariamente preferencial”.

Se, entretanto, o inciso **c** não tivesse por finalidade diferenciar o “ato cooperativo” dos demais “atos de densidade econômica”, o dispositivo seria rigorosamente inútil, absolutamente inócuo, acintosamente desnecessário,

<sup>16</sup> De rigor, tais atividades nitidamente se enquadram na primeira hipótese da ementa relatada pela eminente Ministra Eliana Calmon, assim redigida:

“Acórdão: REsp n. 215.311/MA — Recurso Especial (1999/0044189-3)

Fonte: DJ de 11.12.2000 p. 188

JBCC. vol. 187 p. 128

LEXSTJ vol. 141 p. 133

Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114)

Data da Decisão: 10.10.2000.

Órgão Julgador: T2 — Segunda Turma

Ementa: Tributário — ISS — Cooperativa médica — Atividade empresarial.

1. A cooperativa, quando serve de mera intermediária entre seus associados (profissionais) e terceiros, que usam do serviço médico, está isenta de tributos, porque exerce atos cooperativos (art. 79 da Lei n. 5.764/1971) e goza de não-incidência.

2. Diferentemente, quando a cooperativa, na atividade de intermediação, realiza ato negocial, foge à regra da isenção, devendo pagar os impostos e contribuições na qualidade de verdadeira empregadora.

3. Recurso especial não conhecido.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins.

sobre passar um atestado de insensatez ao constituinte, em dispor que o “tratamento adequado ao ato cooperativo” haveria de ser rigorosamente igual ao dispensado aos demais atos mercantis ou de prestação de serviços!!!<sup>17</sup>

Um tal raciocínio faz lembrar o célebre episódio em que, por ocasião da inauguração de uma ponte sobre famoso rio, um desavisado embaixador afirmou: “sob essa ponte passam os navios de grande calado”, acrescentando: “e os de pequeno também!”

Em homenagem à inteligência e técnica legislativa do constituinte, só posso admitir que o tratamento de ato cooperativo deva ser diferenciado e não igual aos demais atos, assim como deverá ostentar, necessariamente, onerosidade tributária menor, para que o cooperativismo – objeto maior do comando supremo – seja estimulado<sup>18</sup>.

Escrevi, por outro lado, ao comentar o artigo 4<sup>o</sup> da Lei n. 5.764/1971:

“Pelo dispositivo, são as cooperativas de trabalho que prestam serviços a seu cooperado e não o inverso, o que vale dizer, as cooperativas não se assemelham às empresas que contratam serviços e os remuneram.

Quanto às empresas em geral, que seriam obrigadas a recolher a nova imposição, se constitucional fosse, que não é, quem presta serviços é o empresário, o trabalhador autônomo, avulso ou outras pessoas físicas. São estes que prestam serviços à empresa e, por esta razão, pretendeu o legislador complementar atingi-los, visto que fora do campo das contribuições sociais elencadas no artigo 195 **caput** da Constituição.

O tomador do serviço é, nitidamente, a empresa, que recolheria a nova imposição, se constitucional fosse, que não é, ao Erário.

<sup>17</sup> Escrevi: “Dizer, portanto, que o ato cooperativo terá tratamento adequado é admitir que não há necessidade de tal tratamento para as demais relações jurídico-tributárias, o que seria absurdo. E se o tratamento para as demais relações também deve ser adequado, à evidência, o dispositivo será inútil. A lei complementar deverá esclarecer a reticência constitucional.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, t. 1, p. 109)

<sup>18</sup> **Wolgran Junqueira** ensina: “Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, e, especialmente, sobre o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

As cooperativas, têm um tratamento especial consignado na Constituição. O parágrafo 2<sup>o</sup> do artigo 174 é expresso: “A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Desta forma, as cooperativas têm direito preestabelecido a um tratamento tributário diferenciado. Tendo as cooperativas este direito é sem qualquer sombra de dúvidas extensivo aos atos cooperativos. Estes se subsumem naqueles.” (FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1998**. São Paulo: Julex Livros, 1989. v. 2, p. 852)

Ora, no caso das cooperativas, o tomador do mesmo é cooperado, isto é, aquele que recebe o benefício da cooperativa, *que é quem presta o serviço*. Não é o cooperado que presta um serviço a ser remunerado pela cooperativa, mas a cooperativa que presta serviços ao cooperado”<sup>19</sup>.

Uma última consideração sobre o § 2º do artigo 174, cuja redação é a seguinte:

“A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Na dualidade de iniciativa econômica, claro ficou a inequívoca intenção do constituinte de estimular o movimento cooperativo e impor à lei a outorga de benefícios inequívocos à formação de cooperativas.

É de se lembrar que o artigo 174 é o que determina seja o planejamento econômico obrigatório para o poder público e apenas indicativo para o setor privado, estando seu **caput** assim redigido:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Os doutrinadores de Direito econômico vêem, no art. 174, a consagração do regime da livre iniciativa, da livre concorrência e do não-dirigismo econômico, cabendo ao Estado não *impor*, mas estimular comportamentos nos agentes econômicos, sobre privilegiar o movimento cooperativo e outras formas associativas semelhantes, para o fluir intraumático das relações mercantis ou paramercantis<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Parecer elaborado para entidade cooperativa.

<sup>20</sup> Miguel Reale ensina: “Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como “Agente normativo e regulador” da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento “na forma da lei”. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado” (REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p 15).



Complementa, portanto, no plano do Direito econômico, o que o artigo 146, inciso III, letra c, veiculou, no direito tributário.

São, para concluir, dois artigos que agem como irmãos siameses na redução de obrigações tributárias dos atos cooperativos. Tais considerações sobre o ato cooperativo são modesta contribuição à reflexão desse tipo de atividade, que poderia já ter tratamento jurídico-tributário e jurisprudencial consolidado.

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA  
NA SÚMULA E OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS  
RELATÓRIO AO CONGRESSO DE ROMA

Athos Gusmão Carneiro  
Advogado

**O papel da jurisprudência no Brasil.  
A súmula e os precedentes jurisprudenciais. Relatório ao Congresso de  
Roma.**

**Athos Gusmão Carneiro**

# **O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL. A SÚMULA E OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RELATÓRIO AO CONGRESSO DE ROMA (\*)**

**Athos Gusmão Carneiro**

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Desembargador do TJRS. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

**1.** A análise do papel da jurisprudência como “fonte” do Direito brasileiro deve partir de considerações gerais a respeito da *estrutura do Estado brasileiro*.

O Brasil é uma *República Federativa*, sendo a União Federal composta por 26 Estados federados e um Distrito Federal. (Embora previstos na atual Constituição — de 1988, de momento não existem Territórios — os que existiam a Constituição transformou em Estados).

Assim sendo, em primeiro lugar cumpre considerar os três Poderes no âmbito da União: a Presidência da República e Ministérios; o Congresso Nacional bicameral, composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados; e o Poder Judiciário, composto pelos Tribunais Superiores e pelos tribunais e juizes federais.

De forma semelhante apresenta-se a estrutura dos Estados-Membros. Cada Estado federado dispõe do Poder Executivo — o Governador e Secretários de Estado; do Poder Legislativo unicameral — a Assembléia Legislativa; e do Poder Judiciário — os tribunais e juizes estaduais. Cada um deles edita sua própria Constituição Estadual, sob a necessária observância dos parâmetros fundamentais fixados pela Constituição Federal.

**2.** A *estrutura do Poder Judiciário brasileiro* é bastante complexa, como sucintamente passamos a expor.

---

(\*) Relatório brasileiro apresentado ao Professor Eduardo Oteiza (Argentina). Relator para a América Latina no Congresso de Direito Processual de Roma (maio de 2004), organizado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual conjuntamente com a *Università di Roma*

**2.1.** Vejamos, de início, o *Poder Judiciário integrante da União Federal*. Na cúpula do sistema, como órgão maior e sobreposto a todos os demais tribunais e juizes (tanto federais como estaduais), encontra-se o Supremo Tribunal Federal — STF, composto de 11 Ministros (vitalícios como todos os demais magistrados), escolhidos pelo Presidente da República dentre cidadãos de notório saber jurídico e ilibada reputação, e nomeados após a aprovação pelo Senado. A tarefa fundamental do STF é a *guarda da Constituição*, exercida quer mediante o *controle concentrado* através das *ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade* (em competência originária), quer mediante o *controle difuso*, que ocorre principalmente quando do julgamento dos *recursos extraordinários*.

A seu lado, para assegurar a aplicação e a uniformidade da legislação *infraconstitucional*, temos o Superior Tribunal de Justiça — STJ, composto por 33 Ministros, dividido em seis Turmas, estas com competência **ratione materiae**. Dois terços dos integrantes do STJ são provenientes da Magistratura Federal e Estadual de 2ª grau, e os restantes do Ministério Público e da Advocacia, todos escolhidos pelo Presidente da República dentre os nomes constantes de listas tríplices elaboradas (eleição secreta) pelo próprio Tribunal, e nomeados após aprovação pelo Senado.

(O título de Ministro, no Poder Judiciário, é reservado aos juizes que integram os Tribunais Superiores).

**2.2.** Das decisões “finais” dos tribunais inferiores pode caber, nos casos indicados na Constituição, *recurso extraordinário* para o STF (quando alegada contrariedade à norma constitucional), ou *recurso especial* para o STJ (quando alegada contrariedade à norma infraconstitucional).

A admissão de qualquer dos dois recursos supõe o requisito do “prequestionamento”, ou seja, a norma que o recorrente afirma haver sido ofendida deve ter sido “questionada”, ou seja, objeto de exame na decisão recorrida. Considera-se decisão final aquela da qual não mais caibam recursos ordinários.

**2.3.** Podemos adiantar que quando o órgão julgador, no STJ ou no STF, “conhece” do recurso extraordinário ou especial e passa ao exame do mérito, a lide *será decidida em sua integralidade*; assim, apenas nos casos em que o Tribunal Superior haja “anulado” ou “cassado” o julgamento anterior (por conter alguma nulidade formal, ou grave **erro in procedendo**), é que o processo retornará ao Tribunal de origem, para um novo julgamento do mérito.

O sistema brasileiro, portanto, afasta-se do sistema de *cassação* de tipo francês, “e também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática” (**Barbosa Moreira**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 11<sup>a</sup> ed., n. 324, pp. 596/597).

Assim, *caso venha a conhecer o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal julga a causa, aplicando o direito à espécie*; e também assim procede o Superior Tribunal de Justiça, ao conhecer o recurso especial.

Em suma: a decisão do Tribunal Superior é *substitutiva*; não se admite, em matéria de mérito, o *reenvio* ao Tribunal de origem.

**2.4.** *No Brasil vigora o princípio da “unidade da jurisdição”, impondo-se plenamente a regra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Pelo menos a partir da Proclamação da República (1889), deixou de existir o “contencioso administrativo” (durante o Império exercido, com limitações, pelo “Conselho de Estado”).*

Assim, *a totalidade das lides, inclusive aquelas em que interessado o Poder Público e suas autarquias, é conhecida e julgada pelo Poder Judiciário da União e dos Estados-Membros. Pode apenas ocorrer, isto sim, a especialização de “juízo”, mediante a instituição de “varas privativas” para as causas da Fazenda Pública, assim como existem, nas comarcas de maior movimento, varas privativas da Família, de Falências e Concordatas, dos Registros Públicos, Criminais etc.*

No Brasil recebe a denominação de *Vara* a unidade jurisdicional de base, ou seja, o Juizado de primeira instância, que é integrado pelo juiz togado (Juiz federal, ou Juiz de Direito, ou Juiz do Trabalho) e pelo pessoal administrativo. Vale esclarecer que a *primeira instância* é exercida sempre em *juízo singular* (salvo na Justiça Militar e no julgamento dos crime contra a vida pelo Tribunal do Júri); já *os recursos* serão julgados pelos tribunais através de *órgãos colegiados* (ressalvada a atuação individual dos “relatores”, como mencionaremos adiante).

Todos os juizes togados, tanto juizes federais como estaduais, são *nomeados* após aprovação em concurso público de títulos e provas, organizado pelo Tribunal respectivo com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, e são *promovidos* de *entrância* para *entrância* (“entrância” é a categoria na carreira) por antigüidade ou por merecimento. Após dois anos de exercício, o juiz torna-se “vitalício” e somente poderá perder o cargo por sentença judicial.

**3.** No âmbito federal, a jurisdição “ordinária” é exercida pela Justiça Federal, cuja competência principal dirige-se ao julgamento das causas cíveis em que seja parte ou interveniente a União Federal ou as entidades de direito público federais, e das infrações penais praticadas em prejuízo de bens, serviços ou interesses da União e de suas entidades de direito público.

**3.1.** A Justiça Federal é integrada, em primeira instância, pelos Juízes Federais; em segundo grau, existem cinco Tribunais Regionais Federais (TRF).

Estes tribunais estão sediados em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife, e são divididos em Turmas, cada uma de quatro julgadores.

**3.2.** Ao lado da Jurisdição ordinária contamos com *Jurisdições Especializadas*, também integrantes do Poder Judiciário da União Federal.

**3.2.1.** Assim, as causas de *natureza trabalhista* são julgadas pela Justiça do Trabalho, composta por um Tribunal Superior do Trabalho (TST), por Tribunais Regionais do Trabalho – TRT (um em cada capital de Estado-Membro e no Distrito Federal) e pelos Juízes do Trabalho no primeiro grau de jurisdição.

**3.2.2.** As causas que digam respeito a lides de *natureza eleitoral* (bem como a regulamentação e a realização dos pleitos) estão a cargo da Justiça Eleitoral, composta por um Tribunal Superior Eleitoral – TSE, por Tribunais Regionais Eleitorais – TRE (um em cada capital de Estado-Membro e no Distrito Federal) e pelos Juízes Eleitorais.

São designados como juízes eleitorais os próprios juízes estaduais, que agem por “delegação”; o TSE e os TRE são integrados por juízes de carreira, eleitos pelos tribunais respectivos, e ainda por advogados nomeados pelo Presidente da República dentre os integrantes de listas elaboradas pelos tribunais.

**3.2.3.** *Na esfera criminal*, o julgamento dos crimes militares (como tal definidos em lei) está a cargo da Justiça Militar, composta por um Superior Tribunal Militar – STM e por auditorias militares (os tribunais militares são compostos por Oficiais das Forças Armadas e por advogados de renome). Acrescentemos que os Estados-Membros mais populosos são autorizados a criar Tribunais Militares Estaduais, para julgamento dos crimes militares cometidos pelos integrantes de suas polícias militarizadas.

4. No âmbito dos Estados federados contamos com 26 Tribunais de Justiça, e mais o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Brasília). Em alguns Estados também existem Tribunais de Alçada, com competência geralmente fixada em razão da matéria.

O número de juízes dos Tribunais de Justiça (que mantêm o título de “desembargadores”, de muito antiga origem portuguesa) é variável, conforme o movimento forense: os Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, por exemplo, contam em seus Tribunais de Justiça com mais de cem desembargadores. Os Tribunais de Justiça são divididos em Câmaras, com três a cinco membros; mas os recursos de apelação e de agravo são decididos na Câmara sempre apenas por três julgadores (os “agravos”, no Direito brasileiro e no português, são os recursos cabíveis contra *decisões interlocutórias*, e são apresentados diretamente nos tribunais, acompanhados de cópias das peças do processo indicadas na lei processual; não produzem, de regra, efeito suspensivo, mas o Relator pode liminarmente atribuir-lhes tal efeito).

Em primeiro grau de jurisdição temos os Juízes de Direito, um ou mais em cada “comarca” (“comarca” é a unidade territorial, para fins de administração da Justiça).

5. O sistema recursal brasileiro igualmente é bastante complexo.

Das *sentenças* (assim consideradas as decisões que podem pôr termo ao processo, em primeiro grau de jurisdição) cabe *apelação*. Das *decisões interlocutórias* (assim consideradas as que, no curso do processo, resolvem questões incidentais) cabe o recurso de “agravo”.

Duas são as modalidades principais de agravo: o *agravo retido*, que fica nos autos dependente da futura (e eventual) interposição de apelação; e o “*agravo por instrumento*”, o qual deve ser apresentado diretamente no Tribunal, acompanhado de cópias das peças do processo relevantes para a decisão da questão controvertida.

6. Se o Tribunal, apreciando uma apelação, houver reformado a sentença em matéria de mérito, com decisão por maioria de votos, poderá ser interposto um novo recurso ordinário, denominado “*embargos infringentes*”, recurso este limitado àquelas questões em que ocorreu a divergência (de antiga origem portuguesa, é este recurso uma peculiaridade do Direito Processual brasileiro, não existindo atualmente, ao que saibamos, em nenhum outro país). Os embargos infringentes são julgados por um colegiado mais numeroso.

Em alguns casos, previstos na CF, das decisões dos tribunais tomadas em instância originária cabe um *recurso ordinário* para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça (CF, arts. 102, II, **a** e 105, II).

Entre os recursos “ordinários” constam ainda os *embargos de declaração* (“*recurso de aclaracion y de ampliacion*”, dos Códigos de origem espanhola).

7. Finalmente, como já foi dito, encontramos os *recursos extraordinários*, destinados precipuamente a proteger o “interesse público” na exata aplicação e na uniformidade de interpretação das normas da Constituição e das leis, e cujos pressupostos específicos de admissibilidade vêm definidos na própria Constituição Federal.

São eles: o *recurso extraordinário* propriamente dito (**stricto sensu**), para o Supremo Tribunal Federal, e o *recurso especial* para o Superior Tribunal de Justiça.

8. As decisões dos tribunais podem ser tomadas em decisão *monocrática*, ou seja, apenas pelo Relator; e podem ser tomadas em decisão *colegiada* (denominada “acórdão”), ou seja, pelo Plenário do Tribunal ou por uma sua Câmara ou Turma (os órgãos fracionários dos tribunais são chamados de “Câmara” nos Tribunais de Justiça, e de “Turma” nos Tribunais Superiores - STF e STJ e nos Tribunais Regionais Federais).

9. Considerando o acima exposto, passemos a examinar o papel da *jurisprudência* no Direito brasileiro, tendo em vista os tribunais de superposição — STF e STJ —, e a Justiça ordinária — federal e estadual —. Deixamos de considerar, pois, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, **brevitatis causa** e por manterem peculiaridades.

Uma consideração inicial impõe-se. No Brasil, é da “competência privativa” da União Federal legislar sobre o “Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho” (Constituição Federal, art. 22, I). Assim (ao contrário do que ocorre em outros países com estrutura federativa), temos *um único Código de Processo Civil* (que, aliás, aplica-se não só às lides de Direito Civil, mas também a todas as demais de natureza não-penal).

Essa unidade vem dos tempos do Império do Brasil (1822-1889). A experiência, durante a vigência da Constituição de 1891 (primeira Constituição republicana), de confiar aos Estados-Membros a competência para legislar



em matéria processual, revelou-se menos conveniente, de forma que a Constituição Federal de 1934 restaurou a competência da União nessa matéria, o que foi mantido nas CF de 1946, de 1967 (período do regime militar) e na vigente Carta Magna de 1988.

Os Estados-Membros, de conformidade com a CF de 1988, podem, é certo, legislar em *concorrência com a União* em matéria de “processo” nos Juizados Especiais (antigos “Juizados de Pequenas Causas”) e em tema de “procedimentos em matéria processual” (CF, art. 24, X e XI); mas esta competência concorrente pouco tem sido exercida, mesmo porque cabe à União editar as “normas gerais”. Desta forma, os Juizados Especiais, inclusive os estaduais, são regidos por leis federais.

**10.** É conveniente, outrossim, esclarecer que no Brasil o *controle de constitucionalidade das leis* é feito tanto pela forma “concentrada”, como pela forma “difusa”.

**10.1.** Pela forma *concentrada*, com a utilização da *ação direta de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, e da *ação declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, I, **a**), ações estas de *competência originária* do Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade é o “objeto” mesmo destas ações, e delas são titulares apenas as autoridades e entidades de classe definidas na Constituição (art. 103). Seu julgamento é feito em sessão plenária, com a exigência de **quorum** qualificado (pelo menos oito dos onze membros do STF).

Nos Estados-Membros pode ser instituída a ação de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais, mas em face da *Constituição Estadual* (CF, art. 125, § 2<sup>o</sup>).

**10.2.** Vale desde logo ressaltar que a decisão aprovada pela maioria de votos dos membros do STF, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal, “*tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal*” (Lei Federal n. 9.868, de 10.11.1999, art. 28). Uma peculiaridade: nestas ações é admitida a intervenção de **amicus curiae** — lei citada, art. 7<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>).

**10.3.** O controle de constitucionalidade pelo sistema *difuso*, importado do Direito norte-americano, poderá ser feito **incidenter tantum** por *qualquer juiz ou tribunal* (inclusive pelo STF e pelo STJ), em qualquer causa pendente em juízo.

O exame de constitucionalidade, nesses casos de apreciação **incidenter**, serve para “fundamentar” a decisão, estabelecendo uma *premissa lógica* (questão prejudicial) e, portanto, somente vale para aquele caso concreto; mas isso não impede que venha a constituir-se, pelo valor dos argumentos expendidos, em *precedente* relevante que poderá (e mesmo deverá) ser tomado em conta em futuros julgamentos de casos semelhantes, que venham a ser feitos pelo mesmo ou por outro órgão julgador.

**10.4.** No âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser examinada, em princípio, pelo *Tribunal Pleno ou por seu órgão especial* (nos tribunais numerosos, com mais de 25 membros, a CF prevê a existência de um “órgão especial”, com menor número de juízes, que desempenhará as atribuições de competência do Tribunal Pleno).

Assim, caso o órgão fracionário julgador venha a inclinar-se pela “inconstitucionalidade” de alguma norma de lei relevante para o julgamento da causa, deverá fazer *remessa do processo* ao Tribunal Pleno ou a seu órgão especial, para que este proceda ao julgamento **per saltum** da questão constitucional. Apreciada a questão constitucional pelo Pleno do Tribunal, o processo é *devolvido* à Câmara ou Turma para o julgamento da lide.

Aqui uma interessante observação: a declaração de inconstitucionalidade *pelo Plenário do Tribunal*, nas demandas “repetidas” (reiteração da mesma tese jurídica em sucessivas ações), *pode ser dispensada* quando o Plenário do mesmo Tribunal, ou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já se houver manifestado sobre a questão constitucional. Em tais casos, o próprio órgão fracionário apreciará **incidenter** a questão constitucional, adotando aquela mesma orientação já anteriormente decidida em julgamento plenário (Código de Processo Civil, art. 481, parágrafo único).

**11.** A *jurisprudência*, que é formada pela sucessão de decisões judiciais interpretando e aplicando a lei em um mesmo sentido, *não se constitui*, a rigor, em *fonte formal* do Direito brasileiro, embora venha a suprir as lacunas do ordenamento jurídico em casos concretos; excepcionalmente, todavia, a jurisprudência pode também conduzir à “revogação”, na prática, de uma norma legal.

Mas, embora não sendo “fonte formal” do Direito, é incontestável a influência dos *precedentes*, mesmo porque, na expressão de **José Pereira-Lira**, “a Lei é o direito *prometido*, a Jurisprudência, o direito *realizado*”.

Valem no Brasil os *precedentes* jurisprudenciais, não no sentido amplo e vinculante do **stare decisis** dos países de *common law*, mas sim na medida em que os precedentes são importantes, nos países do *civil law*, para influenciar a convicção dos juízes, quer pela força persuasiva dos argumentos, quer pelo prestígio e importância dos tribunais e dos magistrados que subscreveram os acórdãos formadores da jurisprudência.

Por certo que os juízes, nos casos de certa complexidade, ou nos casos repetidos, pesquisam a jurisprudência e costumam citá-la na fundamentação das sentenças e acórdãos, assim contribuindo para que a aplicação das leis mantenha uma determinada orientação, evitando-se na medida do possível os malefícios e problemas decorrentes da instabilidade jurisprudencial.

12. Em alguns casos, sob a pressão de necessidades sociais inadiáveis e evidentes, a *jurisprudência supre a inércia do legislador*, e vai paulatinamente “renovando” a interpretação de normas legais já incompatíveis com os novos tempos; assim, após longo trabalho interpretativo, a compreensão da lei apresenta-se praticamente em sentido bem diverso de seu entendimento original.

Vejamos exemplo clássico. O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 1.523 dispunha que os atos dos prepostos somente acarretavam a responsabilidade civil dos preponentes (do patrão, do empregador) “provando-se que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Mas vieram os tempos dos veículos motorizados e dos transportes de massa, e as vítimas de acidentes de trânsito com frequência ficavam desamparadas: quase sempre o condutor do veículo de transporte coletivo, sendo pobre, não dispunha de recursos para responder à ação indenizatória; e os empregadores (como as empresas de ônibus, de ferrovias, de bondes) alegavam que em nada haviam concorrido para o acidente, pois teriam contratado pessoa legalmente habilitada para tal emprego e a ela determinado conduta prudente.

Para evitar denegação de justiça, os juízes de primeiro grau, seguidos logo pelos tribunais, vieram a exigir que os empregadores fizessem prova da inexistência da culpa **in eligendo** ou **in vigilando**. Mais tarde, passou abertamente a prevalecer uma responsabilidade ampla, considerando-se os empregados como uma **longa manus** do empregador, o qual, lucrando com a atividade, deveria arcar também com os respectivos ônus.

Tal jurisprudência, de excepcional força “revocatória”, foi por fim *recebida pelo novo Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002, cujo artigo 933 dispõe

que as pessoas (pais, tutores, empregadores etc) indicadas no artigo 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Como vemos, a jurisprudência adiantou-se de muitas décadas ao legislador moroso...

**13.** Apresenta-se como ponto importantíssimo no Direito brasileiro a instituição das “súmulas da jurisprudência dominante”, adotadas primeiramente pelo Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e, em muito menor escala, por outros tribunais.

**13.1.** Sob iniciativa pioneira do saudoso Ministro Victor Nunes Leal, a partir de 1963 o Supremo Tribunal Federal, visando melhor revelar, dar ao conhecimento geral sua “jurisprudência dominante” sobre temas polêmicos e de maior interesse, resolveu passar a *resumir* tal jurisprudência em enunciados breves, ou seja, em *súmulas*.

Estas súmulas vêm servindo como *método de trabalho*, facilitando as decisões do próprio STF (às volta com um volume de serviço já então avultado, e atualmente imenso); e também como *método de divulgação, ao facultar aos demais tribunais, à Administração, aos advogados e ao mundo jurídico um mais fácil conhecimento da orientação da Alta Corte*.

**13.2.** A Súmula é, portanto, um *resumo* do que foi decidido em sucessivos acórdãos do Tribunal, que hajam adotado idêntica interpretação em determinada norma ou conjunto de normas.

*A súmula não cria direito, não impede a evolução da jurisprudência.* Os tribunais, destarte, *não estão obrigados a seguir as orientações do STF e do STJ*, embora normalmente o façam, mesmo porque, ao fim da cadeia recursal, a questão chegará, por via do recurso extraordinário ao conhecimento do Supremo Tribunal, ou por via do recurso especial ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como está na ementa de aresto do STJ, “a real ideologia do sistema processual, à luz do princípio da efetividade processual, do qual emerge o reclamo da celeridade em todos os graus de jurisdição, impõe que o STJ decida consoante o STF acerca da mesma questão, porquanto, do contrário, em razão de a Corte Suprema emitir a última palavra sobre o tema, decisão desconforme do STJ implicará o ônus de a parte novamente recorrer para obter o resultado que se conhece e que na sua natureza tem função uniformizadora e, **a fortiori, erga omnes**” (AgRg no REsp n. 527.697, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, ac. de 05.02.2004, DJ de 1<sup>a</sup>.03.2004, p. 137).

**13.3.** A súmula *não é lei*, não se reveste da *eficácia de lei*, mas sim apresenta-se como um eloqüente “convite” a que uma determinada exegese passe a ser adotada pelos operadores do Direito, a bem da desejável estabilidade da vida jurídica.

Têm eficácia *vinculativa*, como já foi exposto, apenas aquelas decisões tomadas nas *ações diretas de inconstitucionalidade* ou de *constitucionalidade*, de competência *originária* do Supremo Tribunal Federal.

Um esclarecimento: no projeto de reforma constitucional do Poder Judiciário, ora em curso no Senado Federal, e sob intensa discussão, é proposta a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada, editar *súmulas vinculantes* em determinadas matérias. Até este momento, é impossível dizer se tal proposta será aprovada.

**14.** Note-se que as súmulas podem ser *revogadas* pelo próprio tribunal que as editou (o que já ocorreu algumas vezes), geralmente diante de legislação superveniente ou de novas diretrizes decorrentes inclusive das mudanças na composição dos integrantes das Cortes (no Brasil, os magistrados são *vitalicios*, mas, como os servidores públicos em geral, aos setenta anos de idade são aposentados compulsoriamente; e podem aposentar-se voluntariamente ao completar trinta e cinco ou trinta anos de serviço público).

**15.** Até o momento, o Supremo Tribunal Federal já editou 736 súmulas. Apenas a título ilustrativo, mencionemos cinco súmulas do STF:

“*Súmula n. 456.* O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o Direito à espécie.”

“*Súmula n. 625.* Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

“*Súmula n. 645.* É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

“*Súmula n. 679.* A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.”

“*Súmula n. 726.* Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

O Superior Tribunal de Justiça, instalado em 1989, por sua vez, já editou 279 súmulas sobre a matéria de sua competência. Citemos três, colhidas ao acaso:

“*Súmula n. 247.* O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”.

“*Súmula n. 268.* O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

“*Súmula n. 278.* O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

**16.** Sob outro ângulo, como mencionou mestre **Barbosa Moreira**, a jurisprudência, “apesar de não adotarmos o princípio da eficácia vinculativa dos precedentes, já contribuiu poderosamente para modelar o ordenamento jurídico” (“Temas de Direito Processual — 8ª Série”, Saraiva, 2004, p. 31).

E lembra o ilustre processualista a enorme importância da jurisprudência *no fixar novos rumos em matéria de Direito de família*, contribuindo, por exemplo, para a paulatina atribuição de direitos à concubina, usando para tanto do expediente do reconhecimento de uma *sociedade de fato*, e isso até que o legislador, em nível constitucional (e depois em leis ordinárias) viesse expressamente a contemplar a novo instituto jurídico da *união estável*.

Esta *renovadora influência da jurisprudência* tem se feito sentir, em maior ou menor escala, em todo o universo jurídico, com invocação do princípio da “proporcionalidade”, do resguardo do “devido processo legal substantivo”, da “lógica do razoável”.

**17.** A influência da *jurisprudência dominante* também se faz poderosamente sentir em *matéria recursal* (“jurisprudência dominante” é considerada aquela que prevalece em um tribunal, através de sucessivas decisões, quer já tenha sido estabilizada em súmula, quer ainda não haja sido sumulada).

Assim, uma tendência atual do Direito Processual brasileiro (e não exclusivamente do Direito brasileiro) é a de *substituir o julgamento colegiado, em segundo grau de jurisdição, pelo julgamento apenas pelo Relator*.

Vejamos exemplos.

**17.1.** Caso o Relator considere que um determinado recurso apresentasse como “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”, poderá o próprio Relator *negar-lhe seguimento* (CPC, art. 557, **caput**).

Portanto, se o recurso houver sido interposto com contrariedade à *jurisprudência dominante*, é autorizado o próprio Relator a, em *decisão monocrática*, trancar o seu processamento, assim ficando sumariamente mantida a decisão recorrida.

**17.2.** Todavia, pode ocorrer a situação contrária: é a *decisão recorrida* que apresenta evidente contrariedade “*com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*” ( STJ, TST); nesses casos, o Relator poderá, também em decisão monocrática, *dar provimento ao recurso* (CPC, art. 557, § 1<sup>o</sup>-A).

**17.3.** Os casos de “substituição” do órgão colegiado pelo Relator são previstos em *lei* (em certos casos, no Regimento Interno do tribunal ). E ainda é previsto que contra a decisão do Relator caberá, no prazo de cinco dias, um novo tipo de “agravo” ao colegiado (este agravo passou a ser corretamente denominado de *agravo interno*; aliás, é ainda chamado também de “agravo regimental”, isso porque antes constava apenas dos regimentos internos).

**18.** Esta técnica de “julgamento monocrático” aplica-se não só nos tribunais locais de 2<sup>o</sup> grau como, igualmente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Assim, se um recurso extraordinário ou um recurso especial teve sua admissão denegada na origem (pela Presidência do Tribunal *a quo*), dessa decisão pode ser interposto “agravo de instrumento” ao STF ou STJ.

No Tribunal Superior, se o Relator entender que o acórdão recorrido é *contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou do STJ*, poderá, *ele Relator*, em decisão monocrática, conhecer desde logo do próprio recurso extraordinário ou especial (ou do agravo interposto contra a decisão de não-admissão), e *dar-lhe provimento*.

Novamente, pois, a técnica de “substituição” do julgamento colegiado pelo julgamento singular.

Assim, a jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, “de tal sorte que os Relatores dos apelos extremos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito”. Ocorre, pois, uma interpenetração dos sistemas do *civil law* e do *common law*, com aprimoramento da aplicação isonômica do Direito (Ministro Luiz Fux, ac. **cit.**).

**19.** A *divergência jurisprudencial* apresenta-se relevante também como “fundamento de admissibilidade” de determinados recursos, com a finalidade precípua de contribuir para a desejável *uniformização da jurisprudência*.

Assim, o *recurso especial* ao Superior Tribunal de Justiça encontra na divergência jurisprudencial um dos fundamentos de admissibilidade. Consoante o art. 105, III, inciso c, da CF, o recurso especial é cabível quando uma decisão final de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal estadual “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Cuida-se portanto, em última análise, da função de *uniformização da lei federal*; assim, não cabe recurso especial quando se alegue violação de norma de lei “estadual” ou “municipal”, temas em que a última palavra é dada pelo Tribunal do respectivo Estado-Membro.

Vale reiterar, outrossim, que se a questão controvertida disser respeito diretamente à exegese de uma norma “constitucional”, caberá o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, e não o recuso especial.

**20.** No âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a função uniformizadora da jurisprudência “interna” da Corte é dada pelos “*embargos de divergência*”, nos termos do art. 546 do CPC.

Assim, é embargável a decisão de Turma do *Supremo Tribunal Federal* (o STF divide-se em duas Turmas, de cinco Ministros cada uma), proferida em recurso extraordinário, quando “divergir do julgamento da outra Turma ou do Plenário”.

No *Superior Tribunal de Justiça* (composto de 33 Ministros, dividindo-se em seis Turmas de cinco Ministros cada), são cabíveis os embargos de divergência quando a decisão de uma Turma, proferida em recurso especial, “divergir do julgamento de outra Turma, da Seção ou do Órgão Especial”.

Os embargos de divergência são julgados pelo Plenário do STF ou do STJ e, assim, muito contribuem para a formação da “jurisprudência dominante”, conduzindo à subsequente edição de súmula, caso o Tribunal assim considere conveniente.

**21.** A desejável estabilidade na exegese das leis pode ser encontrada, ainda, mediante um procedimento “incidental” para *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479 do CPC), pelo qual qualquer juiz, ao proferir seu voto na Câmara ou Turma, pode solicitar a *manifestação prévia do Tribunal*



*Pleno sobre **quaestio juris** relevante ao julgamento, a cujo respeito ocorra divergência atual no seio do mesmo Tribunal, isto é, **intra muros**. (Este procedimento incidental também pode ser requerido *pela parte*).*

Sendo acolhida a solicitação, o processo será *remetido ao Tribunal Pleno*; reconhecida a divergência, dará o Tribunal a interpretação a ser observada pelo órgão fracionário julgador, ao qual será o processo a seguir *devolvido* para a apreciação do mérito. Quando tomada por “maioria absoluta”, a interpretação dada pelo Tribunal Pleno será objeto de “súmula”.

Cumpra dizer que o incidente de “uniformização da jurisprudência” não alcançou seus objetivos: por mais de um motivo, foi *pouquíssimo adotado nos tribunais* (o julgamento “por etapas”, a exigência de manifestação do Tribunal Pleno, resultam em procedimento processualmente complexo e moroso...), o que abriu caminho a uma nova técnica, exposta no item a seguir.

**22.** A Lei n. 10.352/2001, alterando o *art. 555, § 1<sup>o</sup> do CPC*, adotou para os recursos em geral um sistema mais expedito e simples, já utilizado com êxito nos Tribunais Superiores (conforme seus Regimentos Internos), a fim de propiciar a uniformidade da jurisprudência: é a técnica do *deslocamento da competência* para o julgamento do próprio recurso, de um órgão fracionário menor (Câmara ou Turma) para um órgão colegiado mais numeroso, indicado pelo Regimento Interno.

O aludido parágrafo ficou com a seguinte redação:

“Art. 555 (...)

§ 1<sup>o</sup> Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre Câmaras ou Turmas do Tribunal, poderá o Relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Assim, com base no interesse público em evitar divergências “internas”, entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal (tanto mais maléfica quanto mais elevada a hierarquia do tribunal), o legislador adotou a técnica de *transferir a competência para o julgamento integral do feito* (julgamento da causa, e não apenas daquela ou daquelas questões onde a divergência haja surgido) para um órgão mais numeroso, capaz de fixar em definitivo uma *jurisprudência predominante*, a qual possa impor-se por sua força persuasiva nos futuros julgamentos, e possivelmente dar margem à edição de súmula.

*Postas estas premissas, passemos a responder às indagações propostas:*

1. Segundo o ordenamento jurídico de seu país, é a jurisprudência fonte do Direito? É fonte principal ou direta, ou fonte complementar?

**R.** Nos termos já expostos, *itens 11 e seguintes*, apresenta-se “praticamente” como *fonte complementar*.

2. Em todo o caso, em realidade, que valor prático tem a jurisprudência? Que exemplos (“casos judiciais”) poderia mencionar de jurisprudência criadora de direitos?

Em seu país, discutiu-se a legitimação democrática do juiz (tribunais ou cortes) para criar direito?

**R.** No Brasil, na prática a jurisprudência apresenta enorme importância na “revelação” do Direito. Para exemplo de “casos judiciais”, vide a exposição do *item 12*.

No alusivo à “legitimação” dos tribunais para *criar Direito*, tal polêmica questão vem sendo nos últimos anos ressuscitada por uma “moderna” corrente de magistrados que propugnam por um “Direito alternativo”, segundo o qual o juiz não teria o dever de fazer cumprir as “leis injustas”.

(Trata-se, é bom dizer, de modernidade muito “antiga”, com raízes na *libre recherche* francesa; na Alemanha e Áustria, do *direito justo* ou *livre pesquisa do direito* — *Freie Rechtsfindung*, em teses sistematizadas por **Gény** e por **Ehrlich**, seguidos por **Armínio Kantorowicz** — *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, autorizando a decisão até **contra legem**).

Esta doutrina do “Direito alternativo”, todavia, embora vista com alguma simpatia por acórdãos isolados de tribunais locais, não mereceu o endosso das Cortes Superiores e da jurisprudência em geral; mas isso, é claro, não impede a veemente influência da jurisprudência na “renovação” do direito.

Como na lição de **Mário Guimarães**: “Não se dirá, entretanto, com muita propriedade, que o juiz cria o direito. Aperfeiçoa-o — eis a diferença. A semente originária é lançada pelo legislador” (“O Juiz e a Função Jurisdicional”, Forense, 1958, n. 197).

O Direito brasileiro mantém a respeito sábia regra de interpretação: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” — *Lei de Introdução ao Código Civil*, art. 5<sup>ª</sup>. E continua sendo considerado evidente que a figura do *judge made law*, arvorando-se o

juiz em legislador, gera o arbítrio do Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Legislativo.

**Vide** *itens 13 e seguintes.*

**3.** Existe o conceito de jurisprudência vinculante, e que valor tem ante os tribunais?

Os Tribunais Superiores participam do processo legislativo? Caso o façam, qual o efeito concreto de dita participação?

**R.** Quanto à “jurisprudência vinculante”, reporto-me ao exposto nos *itens 16 e seguintes.*

No alusivo à “iniciativa legislativa”, os Tribunais Superiores no âmbito federal (STF, STJ, TST, TSE, STM), bem como os Tribunais de Justiça no âmbito dos Estados-Membros, podem apresentar projetos de lei, salvo em matérias de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61 e § 1<sup>o</sup>).

Os tribunais têm exercido moderadamente tal direito constitucional, fazendo-o quer pela iniciativa “direta”, quer encaminhando anteprojetos através do Poder Executivo; e utilizam essa faculdade naqueles assuntos de interesse mais direto do Poder Judiciário ou do exercício da jurisdição.

Além disso, como ao Poder Judiciário “é assegurada autonomia administrativa e financeira” (CF, art. 99), aos tribunais compete elaborar “suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias” (CF, art. 99, §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup>).

**4.** Qual o órgão que pode estabelecer jurisprudência em seu país? A sentença que estabelece jurisprudência deve conter certas particularidades quanto ao procedimento seguido para chegar à decisão e com respeito à integração do órgão judicial?

Há previsões normativas que exigem respeitar o precedente?

**R.** A jurisprudência *resulta simplesmente de uma sucessão de decisões judiciais com a mesma orientação*; assim, é possível falar de jurisprudência em sentido amplo (**v.g.**, a jurisprudência “brasileira”) e da jurisprudência de determinado tribunal (a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) ou de determinado ramo do Judiciário (a jurisprudência “trabalhista”).

Pelo exposto, e tendo em vista que qualquer decisão judiciária (de juiz singular ou de tribunal) pode, em tese, incluir-se como “fonte” de jurisprudência, não é admissível, ante a sistemática brasileira, cogitar de nenhum procedimento especial nem exigência relativa à composição do órgão judicante.

Vale entretanto observar que *para a declaração de inconstitucionalidade da lei*, pela via **incidenter**, exige-se nos tribunais a “maioria absoluta” de seus integrantes (lembramos, ainda, que a inconstitucionalidade incidental de norma legal, como mero “fundamento” da decisão, pode ser declarada por qualquer juiz singular). Vide *o exposto nos itens 10 e seguintes*.

*Acrescentemos que não há, no Brasil, previsão legislativa que exija respeito ao precedente.*

*Exceção: no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pela forma concentrada, a decisão do STF, por si só, afasta do mundo jurídico a norma afetada pela ofensa à Constituição, e tal decisão portanto vale **erga omnes**, com efeito vinculativo (itens 10.1 e 10.2).*

**6.** Qual é o mecanismo judicial mediante o qual se produz jurisprudência (v.g., recurso de cassação, recurso extraordinário, sentença plenária etc)?

O tribunal, que decide o caso concreto que originou o recurso e cria jurisprudência, assume competência positiva e decide as questões propostas, ou reenvia a outro tribunal?

**R.** Não temos nenhum “mecanismo judicial” para produção da jurisprudência. *Ela surge pela simples sucessão de decisões judiciais em um mesmo sentido*, firmando posição determinada tese de direito. Podem ser decisões de primeira instância (sentenças); podem ser, como mais comum, decisões de tribunais (acórdãos) proferidas quer em competência recursal, quer em competência originária do tribunal.

Considerando o teor da indagação, completemos a resposta:

a) *não temos, no Brasil, um específico “recurso de cassação”*. O “pedido” de cassação, decorrente de vício **in procedendo**, poderá ser formulado no recurso que venha a ser interposto da decisão alegadamente nula;

b) *não adotamos a figura do reenvio relativamente ao mérito*. Muito ao contrário: embora a sentença haja sido meramente “terminativa” do processo (sem julgamento de mérito), o tribunal pode dar provimento a uma apelação do autor e, considerando irrelevante a questão preliminar, entrar no exame do mérito e dar provimento à demanda, isso naturalmente se a causa já estiver “em condições de imediato julgamento” (CPC, art. 515, § 3º, acrescentado pela Lei n. 10.352/2001, com ampliação do “efeito devolutivo” da apelação).

7. No caso de existir jurisprudência de Estados e Províncias (ou comunidades equivalentes), quais são os métodos de uniformização das diversas jurisprudências dentro do mesmo Estado?

**R.** Devemos considerar que no Brasil a legislação civil, comercial, processual etc, é *legislação federal* (vide item 9), sendo aplicada pela Justiça da União e pelas Justiças dos Estados-Membros. Assim, a uniformização de jurisprudência pelas Justiças dos Estados-Membros obedece às mesmas regras já expostas na parte introdutória — *itens 11 e seguintes*.

Assim também em se tratando de divergências quanto à aplicação de leis estaduais — **v.g.**, matéria referente à tributação estadual, aos serviços públicos estaduais etc.

8. Como se retificam os “desvios” jurisprudenciais em que possa incorrer a Corte Suprema ou a Corte de Cassação?

**R.** Não adotamos o *stare decisis*, o princípio do Direito anglo-americano que impõe o respeito aos precedentes jurisprudenciais — *a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction* (**Mauro Cappelletti**, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, Fabris Ed., 1984, p. 80).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, se convencido de que deva mudar de rumos (ou porque reconhece equívoco na anterior exegese da lei, ou porque novos tempos implicam novas soluções), simplesmente irá, na nova decisão, “corrigir” o anterior “desvio” jurisprudencial. (Aliás, também a Corte Suprema dos EUA tem alterado, como notório, sua jurisprudência em questões da maior relevância, como, **v.g.**, a da segregação racial).

*Caso a matéria tenha sido sumulada pelo STF, a súmula será cancelada.* E assim também procede o Superior Tribunal de Justiça.

*Vide os itens 13 e seguintes.*

9. Como se produz o progresso jurisprudencial (*el cambio jurisprudencial*), sem quebrar o valor da “jurisprudência consolidada”?

**R.** Tudo depende das situações concretas. Por vezes, o “progresso” jurisprudencial é feito por etapas, consideradas as novas circunstâncias trazidas ao conhecimento do julgador. Outras vezes, geralmente por força da legislação superveniente, a “jurisprudência consolidada” perde sua atualidade, e passa simplesmente a compor a “história” do Direito.

10. Frente a um *cambio de la jurisprudencia*, que sorte correm os fatos debatidos de conformidade com uma jurisprudência anterior?

Que exemplos poderia mencionar de decisões em seu país que hajam resolvido o problema da irretroatividade e as mudanças jurisprudenciais?

**R.** As situações pretéritas consolidadas, os julgamentos já proferidos, *estarão ao abrigo da coisa julgada*, a qual inclusive constitui garantia constitucional.

Está no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No plano infraconstitucional, lê-se no art. 467 do CPC que se denomina “coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Aliás, é conveniente referir que a mudança, ou as incertezas na jurisprudência referente a uma determinada questão de direito, não autoriza sequer o ajuizamento de *ação rescisória*, como dispõe a Súmula n. 343 do STF, **verbis**:

“Súmula n. 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Porto Alegre, março de 2004.

O PR... NAMI...  
... JURIS...

## **O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência.**

**Francisco Cláudio de Almeida Santos**

... a vontade do  
... da raiz latin  
... o intérprete,  
... do país  
... vícios Juri

... a expressão  
... do sistema  
... questão

## O PREQUESTIONAMENTO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

**Francisco Cláudio de Almeida Santos**  
Ministro do STJ aposentado  
Advogado em Brasília/DF

*Por ser causa de injustiça  
E trazer muito tormento  
Eu proclamo com ardor:  
Delenda prequestionamento.  
Cansação das Alagoas  
Poeta / Jus-filólogo*

O denominado “prequestionamento” ou “pré-questionamento”, vocábulos não registrados nos nossos dois maiores dicionaristas da atualidade (**Aurélio** e **Houaiss**), significa, em linhas gerais, na forma pela qual é entendido nos Tribunais Superiores, um requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos extraordinários, isto é, do recurso extraordinário propriamente dito endereçado ao Supremo Tribunal Federal, e do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, sem cuja caracterização aqueles recursos para os tribunais superiores não podem ser admitidos.

A palavra é precedida do prefixo *pre*, que carrega a idéia de anterioridade, e é formada da raiz latina **questio onis**, tal qual questão e questionar, o que levaria o intérprete, sem maiores preocupações com o seu sentido jurídico, a dizer que, do ponto de vista laico, quer dizer a indagação, a tese ou o assunto prévios. Juridicamente, em decorrência do labor jurisprudencial e dos estudos doutrinários, veremos adiante que o vocábulo adquiriu compreensão específica no âmbito dos recursos excepcionais, ou seja, para fora da instância comum ou ordinária, e para efeito de admissão daqueles mesmos recursos, embora deva acontecer no momento da decisão de única ou última instância da jurisdição ordinária.

A expressão “prequestionamento” não era comum na antiga doutrina do recurso extraordinário. Simplesmente, a matéria era tratada como o requisito intrínseco, indispensável, daquele recurso, chamado de “questão fe-



deral”. **José Carlos de Matos Peixoto**, autor de uma das primeiras grandes monografias sobre o recurso para a Suprema Corte (“Recurso Extraordinário”, 1935, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, p. 218), assim trata do assunto (com grafia atualizada):

“Em face do texto constitucional, art. 76, 2, III, calcado na Constituição de 1891, à sua vez inspirada no *Judiciary Act*, é essencial, para a admissibilidade do recurso extraordinário, uma controvérsia sobre:

- a) a aplicação de determinada lei federal;
- b) a vigência ou a constitucionalidade de lei federal; ou
- c) a validade de lei ou ato de governo local, em face da Constituição ou de lei federal.”

E, em seguida, enfatiza:

“Sem que haja essa controvérsia (*questão federal*), que deve preceder a interposição do recurso e cuja existência se pode verificar dos autos, deve o mesmo recurso ser denegado, em qualquer das hipóteses indicadas.

A propósito, decidiu muito bem o Supremo Tribunal, em acórdão de 12 de maio de 1928, que, não se tendo questionado sobre a vigência ou a inconstitucionalidade de lei federal, não pode ter havido recusa de aplicação dessa lei.”

Observamos mais uma vez que, na época, não era conhecido o vocábulo “prequestionamento”, mas, sim, a expressão correspondente “não se tendo questionado”, e mais ainda que, mesmo em doutrina, a compreensão do recurso extraordinário era muito estreita (negativa de vigência ou inconstitucionalidade), pelo menos no tempo que medeia entre o período pré-constitucional (Decretos n. 510, de 22.06.1890 e n. 848, de 11.10.1890, ambos editados pelo Governo Provisório) até a Constituição de 1946.

**Epitácio Pessoa**, em parecer do início do século XX, já proclamava que para ser admissível o recurso extraordinário era essencial que a questão da constitucionalidade da lei se tivesse agitado nos autos (“Pareceres e Consulta na Procuradoria Geral da República”, Obras completas, vol. IV, Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1955), e, posteriormente, em alentado artigo escrito quando ocupava uma das cátedras do Pretório excelso ratificou desta forma seu entendimento: “Uma das condições geralmente indicadas como indispensáveis para a admissibilidade do recurso extraordinário é,

já o dissemos, que se tenha efetivamente questionado no processo sobre a validade ou a aplicação da lei” (“Do recurso extraordinário”, in Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro, março de 1922).

O Ministro **Castro Nunes** (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1943, p. 333) discorre sobre o tema desta forma (respeitados os seus destaques), sob o enfoque da Constituição de 1946:

“Questão federal, em que consiste e o que compreende.

O que na técnica do Direito americano se chama *federal question* (questão federal) é, praticamente, o que conhecemos por *preliminar do recurso*, isto é, a verificação em espécie do enquadramento do caso em alguma das hipóteses constitucionais em que o mesmo recurso se autoriza.

A operação jurídica consiste em extremar o ponto controvertido de considerações alheias ou sem alcance para as necessidades dessa indagação preliminar.

Tal verificação nem sempre é fácil. A operação é muitas vezes delicada, dependendo de uma perfeita compreensão da natureza e fins do recurso extraordinário.

Os termos da questão variam conforme o inciso invocado como fundamento do recurso.

Assim é que, no caso da letra **a**, haverá que verificar, para admitir o recurso, se está realmente em causa uma lei *federal*, de aplicação *questionada*, e se a justiça local decidiu a espécie em termos tais que a tese do *julgado* contradiga a *tese da lei*, isto é, em contrário aos dizeres literais do seu enunciado; no caso da letra **b**, haverá que verificar se foi posta em questão a *constitucionalidade* ou a *vigência* de uma lei, se esta lei é *federal* e se a decisão local deixou de aplicá-la ao caso por *não vigente* ou *inconstitucional*; no caso da letra **c**, se está em causa uma lei *local* (ou ato de Governo local) e se o tribunal recorrido aplicou-a, não obstante argüida de *incompatível* com a *Constituição* ou com alguma lei *federal*; no caso da letra **d**, se o *julgado* recorrido decidiu a espécie *por interpretação* de uma lei, lei que tenha sido aplicada com interpretação diferente *por outros tribunais locais* ou *pelo próprio Supremo Tribunal*, definindo-se por essa discrepância a preliminar do recurso.”

O Ministro **Carlos Maximiliano**, por sua vez, comentando o art. 101, III,

da Lei Fundamental de 1946 (“Comentários à Constituição Brasileira”, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1954), a observar a semelhança entre o nosso então recurso extraordinário e o *writ of error* americano, salienta aplicar-se no Brasil os seguintes preceitos, comuns a ambos os recursos:

“a) o *writ* distingue-se da apelação; porque esta serve para decidir matéria *de fato e de lei*, e aquele apenas se admite se o tribunal claudicou em matéria *de lei*; uma *aprecia a prova*; o outro, se foi aplicado o texto concernente ao assunto em debate.

b) É indispensável que a questão de lei haja sido levantada pelas partes, no decurso da causa, no foro do Estado, seja essencial para se decidir o feito a favor do reclamante, e tenha sido explícita ou *implicitamente* desprezada pelos juízes; pois, quando surge uma questão sobre texto federal, porém pode o litígio ser decidido e justiça ser feita ao preopinante sobre outro fundamento, respeita-se a soberania das decisões locais, não se admite o Recurso.”

**José Afonso da Silva**, em monografia amplamente festejada sobre o recurso extraordinário, editada no ano de 1963, não obstante a profundidade e amplitude do estudo, trata do termo “pré-questionamento” apenas de passagem, para negar sua exigência à luz da Constituição de 1946 (“Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro”, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1963, p. 198). Menciona, entretanto, que a “existência de uma questão federal controvertida” é um dos pressupostos de mérito do recurso (p. 161) e, em outra passagem, após discorrer longamente sobre o conceito de “questão federal controvertida”, acrescenta que, além dos pressupostos comuns a todos os casos do recurso extraordinário, a análise do dispositivo do art. 101, III, **b**, da Constituição de 1946, mostra a “exigência de dois pressupostos ou requisitos específicos desse caso do recurso: a) necessidade de se questionar sobre a validade da lei; b) e ter a decisão recorrida negado aplicação à lei assim impugnada.” (pp. 219/220)

Os comentadores dos códigos de processo civil de 1939 e de 1973 também não deram ao debate a respeito do tema, sob o rótulo do prequestionamento, uma contribuição mais expressiva.

Na verdade, a expressão nasceu no Supremo Tribunal Federal, onde em julgamento de 10 de janeiro de 1958 (ressalvada a possibilidade de outro julgado mais antigo que não encontramos), o Ministro **Lafayette de Andrada**

literalmente usou a nova expressão nesta ementa do acórdão relativo ao julgamento do RE n. 34.942 (DJ de 04.06.1958):

“Recurso Extraordinário – A letra **a** exige o pré-questionamento da lei, de seus preceitos, não se conhecendo do recurso quando tal não acontece”.

Posteriormente, o Ministro Pedro Chaves fez uso do vocábulo “presquestionada”, para não conhecer do RE 25.685, julgado em 22 de junho de 1962 (DJ de 05.12.1962), e o Ministro Victor Nunes Leal passou a utilizar a palavra composta pré-questionamento, com freqüência, o que, dentre outros precedentes, se encontra no início de seu voto, como Relator do RE n. 49.075, em julgamento de 25.09.1962 (DJ de 14.11.1962): “Não conheço do recurso por falta de pré-questionamento”.

No ano seguinte, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, com seus companheiros da Comissão de Jurisprudência no STF, foram criadas as Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal (hoje, simplesmente, Súmulas do Supremo Tribunal Federal), e, dentre as primeiras editadas, por decisão de 16.12.1963, são encontrados os verbetes de números 282 e 356, com estes enunciados, respectivamente:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“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.”

Registramos que a maioria dos precedentes pertinentes aos dois enunciados é de Victor Nunes Leal: quanto ao primeiro verbe (282) estão relacionados os acórdãos nos REs ns. 42.662, 49.075 (antes referido), 46.882 embargos, 50.157 e no AI n. 28.938; quanto ao segundo verbe (356) estão relacionados os mesmos julgados proferidos nos REs ns. 42.662 e 50.157 e no RE n. 53.484.

A partir daí, os autores passaram a dedicar especificamente algumas reflexões à matéria com a nomenclatura adotada na Súmula n. 356, e destarte, surgiu, por exemplo, de autoria de **Roberto Rosas**, o livro “Processos da competência do Supremo Tribunal Federal” (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971), que assim se reporta ao tema:

“A Constituição de 1891, num dos casos de recurso extraordinário, admitia-o quando se questionasse sobre a vigência das leis federais em face da Constituição.

A propósito, **Lúcio de Mendonça** afirmou que para o cabimento desse recurso era necessário que a questão provocada tivesse sido efetivamente agitada no processo movido perante as justiças estaduais e lá tivesse sido julgada, buscando as origens dessa exigência no *Judiciary Act*. Posteriormente as Constituições de 1946 e 1967 não se referem a tal exigência. Os doutrinadores, no entanto, acham necessário o prequestionamento da matéria indicada como motivadora do recurso extraordinário (**Carlos Maximiliano**, “Comentários à Constituição de 1946”, 4ª ed., II, 373; **Odilon de Andrade**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IX, 354). Estão no caminho da Súmula n. 282: ....” (p. 127).

Na década seguinte, vem a lume excelente monografia de **Raul Armando Mendes** (“Da interposição do recurso extraordinário”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1984), cujo autor oferece uma oportuna conceituação para o requisito:

“Dentre os temas que avultam como impeditivos do conhecimento do recurso extraordinário está o *prequestionamento*.

(...)

*Prequestionar* quer dizer questionar antes, fazer ou levantar questão acerca de, discutir, controverter previamente.

Desse modo, todas vezes que for alegada ofensa à Constituição ou violação à lei ou ao Direito federal, deve o recorrente prequestionar a controvérsia no Tribunal **a quo**, quando das razões do apelo. Em não cuidando o acórdão do tema aventado, deve opor embargos de declaração que, provido ou não, afasta o obstáculo à inadmissibilidade.

O prequestionamento tem precedente histórico na Constituição de 1891 (art. 59, III, **a**), passando para a de 1934 (art. 76, III, **a**), inclusive para a de 1937 (art. 101, III, I), até a de 1946 (art. 101, III, **caput**).

A Constituição da República de 1967 e sua Emenda n. 1/69 não fizeram menção ao requisito do prequestionamento. No entanto, dada a construção jurisprudencial e reiterado entendimento, consubstancia-se em súmula, cujo Verbete n. 282 está assim enunciado: (...)” (p. 77).

Pouco antes, a jurisprudência enriqueceu o debate com a publicação do acórdão da composição plenária do STF no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no RE n. 96.802, julgado em 12.05.1983 (RSTF, 109/299-304), relatado pelo eminente processualista e autor do anteprojeto de lei que

se transformou no atual Código de Processo Civil, Ministro Alfredo Buzaid, de cujo voto colhemos estas lições:

“O que pretende o agravante é argüir a inconstitucionalidade do Verbete n. 282 da Súmula. ... O que este verbete consagra é o princípio do prequestionamento, instituído entre nós já na Constituição de 1891, ao dispor no art. 59:

(...)

Este preceito foi repetido na Reforma de 1926 (art. 60, § 1<sup>ª</sup>, **a**) e nas Constituições de 1934 (art. 76, III, **b**), de 1937 (art. 101, III, **b**) e de 1946 (art. 101, III, **b**). Depois disso não constou mais de cânon constitucional porque a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, e Emenda n. 7, de 1977, atribuiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a competência para dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência original ou recursal.

O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designados no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.”

Em seguida, o ilustrado voto do renomado processualista relembra que a idéia do prequestionamento tem origem na lei judiciária norte-americana (*Judiciary Act*), que conforme a doutrina de **Cooley**, em seu tratado sobre as limitações constitucionais (*Treatise of constitutional limitations*) entende tenha a questão federal sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado; recorda a doutrina argentina (**Bielsa e Fernando da La Rua**) para concluir que lá como cá é princípio dominante que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias; e, finalmente, que no Código de Processo Civil da então República Federal da Alemanha o recurso de revisão está sujeito a dois princípios fundamentais: 1<sup>ª</sup> a limitação da matéria do processo ao fato declarado em apelação, pelo que é excluída nova alegação da espécie de fato; 2<sup>ª</sup> e ainda a vinculação à declaração do fato do Tribunal de apelação reservada a uma violação da lei de que foi causa.”

Até aqui não falamos em “prequestionamento implícito” porque as lições dos mais antigos e a jurisprudência primeva não faziam qualquer distinção entre questionamento explícito ou implícito da questão federal, assim como não vislumbravam qualquer diferença entre o tratamento do tema

versado nos tribunais de apelação, através de invocação de dispositivo legal ou simplesmente da matéria tratada em lei federal, sem localização expressa no direito positivo da competência da União.

No final do decênio de 1970, porém, o Pretório excelso passou a distinguir entre prequestionamento (ou prequestionamento explícito) e prequestionamento implícito. Assim, encontramos em acórdão de 30.03.1979 (AI n. 75.355, DJ de 27.04.1979), da lavra do douto Ministro Moreira Alves, a afirmação de que “não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional” (trecho da ementa e do começo do voto). A ratificar de vez a idéia expressa naquele acórdão, o Ministro Firmino da Paz, em acórdão de 23.10.1981 (AgRg no AI n. 84.247, DJ de 13.11.1981), enfatiza, em seu voto, que “... a *matéria prequestionada* há de ser *expressa, clara, indubitosa*. Não pode ser *induzida* ou *deduzida* dos factos da causa (destaques e linguagem originais).” Tudo isso, como se a parte pudesse ser penalizada porque o acórdão, não obstante o manejo de embargos declaratórios, continuasse a tratar da matéria questionada de forma implícita, obscura e duvidosa.

Citando estes dois precedentes por último mencionados, o Ministro Buzaid registrou que a Corte Suprema não aceitava a tese do prequestionamento implícito (AI n. 91.957, de 20.05.1983, DJ de 17.06.1983).

A Suprema Corte, nos últimos anos, não modificou seu pensamento. Alguns Ministros (certamente, não todos) mantêm uma posição radical e extremada; outros, mais justa e coerente. O Ministro Maurício Correa considera inadmissível (“Pquestionamento implícito. Inadmissibilidade”, RE n. 361.755, DJ de 27.05.2003) e o Ministro Nelson Jobim, impossível (“Pquestionamento implícito. Impossível”, AI n. 448.860, DJ de 26.08.2003). A posição talvez tenha algo a ver com a necessidade de violação direta da Constituição, para efeito de admissibilidade do recurso extraordinário, não se conhecendo de recurso onde há a alegação de violação oblíqua ou indireta.

A doutrina não se deixou render às conclusões, nem sempre expedidas com fundamentação razoável, da Corte Maior. O douto Ministro **Carlos Velloso**, quando ainda integrante do STJ, em palestra proferida em março de 1990 na AASP, posteriormente publicada sob o título “Recurso Especial e Recurso Extraordinário” com outros trabalhos em obra intitulada “Temas de Direito Público” (Belo Horizonte, Ed. Del-Rey, 1994), sob o influxo da criação do Superior Tribunal de Justiça, reconhece que a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal é contrária ao prequestionamento implícito, mas, após citar a opinião de vários ex-colegas seus no Superior Tribunal de Justiça, conclui seu pensamento:

“Na palestra que proferi, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988, já referida, pronunciei-me assim a respeito do tema:

‘O prequestionamento, sob o pálio da Constituição de 1988, não terá vez, ao que penso. É que o constituinte de 1988 quis alargar o raio de ação do recurso especial. Isto está evidente no texto constitucional. Ademais, de regra, o prequestionamento põe-se de forma implícita quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal.’

Quero esclarecer meu pensamento.

O que sustento é que a questão federal haja sido posta, podendo ocorrer a figura do prequestionamento implícito. Questão nova, evidentemente, não pode ser suscitada no recurso especial, porque representaria inovação, que a teoria geral dos recursos repele. O prequestionamento implícito, porém, parece-me perfeitamente cabível. Ele resulta do fato de a questão ter sido posta por exemplo, na apelação ou nas contra-razões desta, recusando-a o Tribunal, implicitamente.” (pp. 238/239).

Incontestável a posição do Ministro Veloso, quer seja examinado o requisito para a admissibilidade do recurso especial, quer para o recurso extraordinário, apesar, neste caso, da posição da maioria da Suprema Corte.

E os estudos doutrinários posteriores e contemporâneos, apesar da oscilação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos seus primeiros anos de funcionamento, têm sido uniformes naquele sentido, isto é, para não afastar a necessidade de existência do prequestionamento, porque indispensável para abertura da instância extraordinária, mas para admitir o prequestionamento representado pela decisão na instância ordinária final simplesmente sobre a questão de direito, independente de referência a artigo de lei ou de ter sido provocado o tema jurídico federal pelas partes, o que significaria um prequestionamento implícito, havendo, até, quem defenda, com boas razões, o recurso especial de acórdão violador de princípio de direito não escrito.

Com efeito, ainda que as constituições a partir de 1967 tenham deixado de lado, em seu texto, o verbo “questionar”, substituindo-o por “contrariar”



ou “validar” lei ou ato local “contestado”, nenhum atuante na atividade jurídica, professor, advogado, promotor ou juiz, dirá ser possível um recurso excepcional de decisão que não ventilou, agitou, versou ou debateu, em decorrência de provocação das partes ou não, uma questão constitucional ou uma questão federal.

O importante é que tenha havido um pronunciamento acerca de uma questão, constitucional ou federal, ou ambas, complexa ou simples, com citação de artigo de lei (prequestionamento *numérico*, de acordo com a qualificação dada por **Eduardo Arruda Alvim**) ou não, portanto explícito ou implícito, para ensejar a abertura da instância extraordinária e provocar-se um pronunciamento do Tribunal Superior para tanto competente.

O problema reside em haver uma “questão”, ou, mais precisamente, uma questão de direito, sobre a qual se manifeste o julgador último da instância comum. Da solução a compor a lide dada pelo órgão judicante derradeiro na instância originária, deixando de lado as questões fáticas, existirá, de certo, uma questão de direito a ensejar o recurso para a Suprema Corte ou para a Corte Superior, quando a resolução for contrária à Constituição ou à lei federal.

**Nelson Nery Jr.**, em excelente artigo sobre a matéria (“Embargos de declaração prequestionadores”, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **Nelson Nery Jr.**, São Paulo, Editora RT, 2001, pp. 851/864), chega a negar a existência do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Dele são as conclusões que parcialmente destacamos:

- “1. o prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou Tribunal de origem a *decidir* a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp;
2. o prequestionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais;
3. o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o *cabimento*, que só ocorrerá quanto às matéria que tenham sido efetivamente “decididas” pelas instâncias ordinárias (CF 102, III, e 105, III);
4. a causa “decidida” é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se esse fim;

5. a visão dicotômica do prequestionamento, em implícito e explícito, é irrelevante para a caracterização do cabimento do recurso excepcional. O problema não existe:

(...)

6. (...)

7. não há necessidade de a decisão recorrida mencionar expressamente o artigo da CF ou da lei para haver-se caracterizado o prequestionamento. Basta que o ato judicial tenha “decidido” a questão constitucional ou federal;

(...)”

Cumpra-se ainda tema debatido na doutrina, tanto quanto na jurisprudência, sobre como é possível considerar-se existente o requisito do prequestionamento, visto descortinar-se pelo menos três grupos de entendimentos, conforme registram o Ministro **Eduardo Ribeiro** (“Prequestionamento”, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/1998, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **Nelson Nery Jr.**, São Paulo, Editora RT, 1999, pp. 245/257) e **José Miguel Garcia Medina** (“O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial” in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier**, São Paulo, Editora RT, 1997, pp. 250/323).

Do último trabalho citado transcrevemos este trecho:

“*Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de Direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.”

Temos o último autor citado como filiado à segunda corrente (ou, pelo menos em parte, à última), pois claramente conceitua o prequestionamento “como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente da manifestação do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal deter-

minada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.” Ficaria assim o órgão julgador compelido a resolver a questão debatida, o que não nos parece totalmente correto, pois outras razões poderia encontrar o órgão para compor a lide. Há, na verdade, casos em que o acórdão poderá ter outros fundamentos além daquele suscitado.

**Nelson Nery Jr.** (artigo mencionado) tem como absolutamente dispensável que a questão constitucional ou federal tenha sido agitada ou ventilada pela parte ou interessado. “Mais do que isso. É necessário que a questão tenha sido agitada, mas também “decidida” pelo tribunal.”

O Ministro **Eduardo Ribeiro** aliás considera, para esse efeito, irrelevante o prévio debate provocado pelas partes, e assim opina:

“O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso, sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional.

Destinando-se o extraordinário, como salientado, a garantir a exata aplicação da Constituição, falta razão para ele, se da norma constitucional não se tratou na decisão impugnada. O mesmo se diga do especial, pois não há como fazer-se o controle, quanto à correta interpretação do tratado ou da lei federal, em relação à matéria de que não se cogitou. Não pode o julgado havê-las contrariado, ou a elas haver negado vigência, se não versada a questão que regulam. Menos possível, ainda, encontrar dissídio jurisprudencial, ou pretender haja sido considerada válida lei local, se a propósito inexistiu julgado. Raciocínio análogo se aplica aos casos de recurso extraordinário.”

Destacamos, outrossim, para manifestar nossa inteira concordância com o autor, que aquele douto Ministro do STJ, hoje consultor e advogado, justifica, tanto quanto **Nelson Nery Jr.**, a absoluta desnecessidade de menção a dispositivo legal, para efeito de caracterização do prequestionamento, com esta lição:

“A violação de determinada norma legal ou o dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, haja sido o dispositivo expressamente mencionado no acórdão. Decidida a questão jurídica a que ele se refere, é o quanto basta. No trabalho já citado lembramos o exemplo de o julgado negar que a hipótese era de litisconsórcio necessário quando disso, entretanto, era caso. Manifesto que violado o contido no arti-

go 47 do Código de Processo Civil, muito embora a ele não se haja feito menção. Uma coisa é não considerar a necessidade da presença do litisconsorte; ou, tê-la como dispensável, ainda que não se invoque a disposição legal a isso concernente. No primeiro caso, por falta de prequestionamento, não haverá cogitar de infringência daquele dispositivo; no segundo, poderá ter-se verificado, malgrado não haja alusão à norma que, entretanto, foi desconsiderada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora nem sempre haja sido uníssona, tem-se orientado nessa direção. Assim também no Superior Tribunal de Justiça, em que se encontra pacificada, após diversos julgamentos da Corte Especial, órgão a quem cabe uniformizar a jurisprudência do Tribunal.”

Efetivamente, a pacificação do entendimento no sentido de ser dispensável a menção expressa a artigo de lei para efeito de caracterização do prequestionamento foi exposta e resolvida, por expressiva maioria (vencidos os Ministros Peçanha Martins, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fisher), pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial ns. 30.701 (DJ de 23.10.2000), 158.070 (DJ de 20.03.2000) e 169.414 (DJ de 28.06.1999), ambos da relatoria do Ministro Garcia Vieira, julgados na mesma seção, realizada no dia 03 de fevereiro de 1999, todos acórdãos a portar esta ementa:

“Processual Civil – Pquestionamento explícito – Citação dos dispositivos violados – Desnecessidade.

Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida.

O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal. Embargos recebidos.”

Em decisões posteriores o ponto de vista foi ratificado (EREsp n. 242.335, de 21.11.2000, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 18.12.2000, REsp n. 330.200, de 16.08.2001, Terceira Turma, Relator Ministro Ary Pargendler, DJ de 1<sup>a</sup>.10.2001, e AgRg no AI n. 377.781, de 13.08.2001, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 10.09.2001, todos unânimes), não constando haver qualquer decisão, daí por diante, com pronunciamento em contrário.

Para nós dispensável é a parte suscitar a questão constitucional ou federal, mas, efetivamente, indispensável é a decisão da questão na instância ordinária. Trata-se de um requisito lógico para o desenvolvimento do processo: se a decisão não cogitou da questão, o tema é novo e a inovação não pode ensejar a abertura da instância extraordinária, para ser apreciada.

Mais, ainda, a questão, necessariamente, não se há de evidenciar, na decisão, com a citação de artigo ou dispositivos de lei (o caricato *prequestionamento numérico*) ou indicação expressa da norma, porém permitir a caracterização da contrariedade da decisão à Constituição ou da contrariedade ou negativa de vigência à lei federal, ou, finalmente, no caso do recurso especial, a aplicação de Direito federal de modo a revelar interpretação conflitante com a interpretação de outros tribunais. Aí, sim, o requisito lógico do chamado prequestionamento está presente e pode permitir a abertura da instância excepcional.

Remanescem, todavia, alguns desentendimentos acerca da matéria, especialmente a respeito da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça, deste teor:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”.

Autores de expressão, como **Eduardo Ribeiro** (artigo citado) e **Nelson Nery Jr.** (artigo citado) a têm como correta, técnica e obviamente constitucional, manifestando, entretanto, restrição quanto à redação da Súmula n. 356 do STF. Em contraposição, **Pedro Miranda de Oliveira**, em comentário feito ao acórdão da Sexta Turma no REsp n. 269.401, Relator Ministro Fernando Gonçalves (Repro n. 113, de jan/fev. de 2004, os. 281/303), chega a sugerir a inconstitucionalidade desse verbete sumular do STJ e aponta uma certa discordância entre seu conteúdo e o entendimento da Suprema Corte.

Efetivamente, o Pretório excelso tem decidido que apresentados os embargos declaratórios aptos, se o tribunal se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, conforme consagra a Súmula n. 356/STF, o recurso extraordinário pode ser apresentado de imediato, focando, obviamente, a questão federal em discussão. Assim, deliberou unanimemente a Primeira Turma da colenda Corte em acórdão no RE n. 210.638, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (DJ de 19.06.1998), de cujo acórdão se extrai este trecho do voto do eminente Relator:

“A teor da Súmula n. 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o Tribunal **a quo** se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconhecemos opiniões em contrário no Tribunal (cf. **e.g.**, RE n. 208.639, Inf. STF n. 78). Estou, porém, **data venia**, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal **a quo** para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia, e, em conseqüência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos.”

Ao referir-se a opiniões em contrário tinha o Relator em mira o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE citado, na Segunda Turma, voto minoritário também mantido na decisão do Tribunal Pleno tomada na apreciação e julgamento do RE n. 219.934 (DJ de 16.02.2001).

No acórdão plenário pertinente a este último julgamento, seu Relator, Ministro Octavio Galloti, preliminarmente, esclareceu que o “prequestionamento do tema referente ao art. 37, II, foi eficazmente promovido por meio de embargos declaratórios, correspondentes a uma efetiva omissão, porquanto fomentado nas razões de apelação esse aspecto, aliás fundamental, da controvérsia (Súmula n. 356)”. Ao votar, em seguida, o Ministro Marco Aurélio não conheceu do recurso por padecer da ausência do “indispensável prequestionamento”, iniciando-se uma dissidência, em que este ficou isolado.

De fato, votando após o Ministro Maurício Correia que acompanhou o Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence recordou os precedentes das Primeira e Segunda Turmas, o dissenso do entendimento do STF em relação à Súmula n. 211/STJ, e, formando com a maioria, fez ver ser oportuno que o Plenário naquela oportunidade reafirmasse a doutrina da Súmula n. 356, o que veio a acontecer com a adesão dos Ministros Nery da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Ausentes os Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim.

Assim, para o colendo Supremo Tribunal Federal o prequestionamento se perfaz, se não preexistir no acórdão principal, com a interposição de embargos de declaração do acórdão omisso quanto à questão constitucional, em debate nos autos.

O pronunciamento do Plenário, antes mencionado, veio a ser confirmado, posteriormente pela Primeira Turma, no julgamento do RE n. 317.281 (DJ de 11.10.2001), fazendo o Ministro Pertence, novamente, Relator, em seu voto, expressa menção à Súmula n. 211/STJ. É do seguinte teor o trecho aqui registrado:

“Não há cogitar, primeiramente, de violação ao art. 5<sup>º</sup>, XXXV e LV, CF, pelo não-suprimento das omissões apontadas pelo Estado mediante embargos declaratórios. Com efeito, o que se espera de uma decisão judicial é que seja fundamentada (CF, art. 93, IX), e não que se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes; mesmo porque, como tem entendido o STF (RE n. 210.638, Pertence, DJ 19.06.1998), a recusa do órgão julgador em suprir omissão apontada pela parte através da oposição pertinente de embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre **a fortiori** da Súmula n. 356, que é aplicável tanto ao recurso extraordinário, como ao recurso especial, a despeito do que estabelece a Súmula n. 211 do STJ, **data venia**.”

Há um aspecto a considerar. Sem dúvida é desconfortante para a parte alegar uma omissão do órgão julgador da instância ordinária, em embargos de declaração, a respeito de matéria controvertida nos autos, ou de ordem pública, e ter o recurso simplesmente rejeitado porque o tribunal nega a existência de defeito no provimento ou se declara não ser órgão de consulta, a frustrar o direito da parte de ter suas razões apreciadas e a questão decidida. E mais decepcionante será um tribunal superior burocraticamente negar-se a conhecer do recurso porque não evidenciado cristalinamente ou às escâncaras o prequestionamento.

É verdade restar, porém, o recurso extraordinário com alegação de ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou à necessidade de motivação das decisões judiciais e o recurso especial com expressa violação do art. 535 do CPC, mas, certamente, são graves os prejuízos causados às partes pela demora no julgamento final, tudo em detrimento do princípio da economia processual.

Maduras estão as idéias a respeito do tão controvertido requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, sendo possível firmar-se um entendimento na linha do pensamento do Ministro **Eduardo Ribeiro** e do Professor **Nelson Nery Jr.**, sem esquecer as sábias ponderações de integrantes da Corte Suprema, em especial do Ministro Pertence, quanto aos

efeitos dos embargos de declaração, de modo a pacificar-se a visão dos julgadores do grau superior, sem perder de vista os princípios da obrigatoriedade da prestação jurisdicional e da ineficiência de soluções como a da anulação ou cassação da decisão para que, se for o caso, outra seja proferida por força de violação das garantias constitucionais referidas ou do art. 535 do Código de Processo Civil.

Também não se pode esquecer que a teimosia, o descaso e às vezes até o arbítrio podem toldar o direito da parte de recorrer para a instância superior. Já registramos em outras oportunidades, em arrazoados, que um desembargador de medianos conhecimentos e inteligência pode, sem maiores conseqüências, resistir eternamente às investidas da parte, através de embargos declaratórios para obter o pronunciamento do Tribunal sobre a questão constitucional ou federal em debate, com ameaças, inclusive, de impor penalidades ao jurisdicionado pela interposição de recurso protelatório. Daí, mantido o ponto de vista estreito contido na Súmula n. 211/STJ, pouco adianta retardar a apreciação do mérito do recurso especial com sucessivas decisões de provimento do recurso por violação do art. 535 do CPC. Sabendo-se que o rejuízo de um recurso destes na instância ordinária consoante pelo menos dois anos, a Justiça tardia não mais será útil.

É útil lembrar uma antiga observação do Ministro Epitácio Pessoa feita no artigo recordado no início e publicado na antiga revista do Supremo e dela tirar-se alguma lição:

“Uma restrição que também se pretende impor à admissibilidade do recurso extraordinário é a que consiste em exigir que a decisão do tribunal do Estado contra a validade ou a aplicação da lei federal seja positiva e expressa.

Não nos parece justificável esta exigência. Tornar o recurso dependente de tal condição, ligá-lo indissolavelmente a uma simples questão material de palavras, seria subordiná-lo não raro ao arbítrio do juiz inferior ou a circunstâncias meramente acidentais. Bastaria, com efeito que o juiz, intencional ou inadvertidamente, deixasse de usar da expressão *validade* ou *aplicação*, ou omitisse a indicação da lei, deixando, todavia, de aplicá-la para que o direito da parte se visse preterido e com ele a soberania do poder federal.”

Devidamente atualizada a lição deve ser recordada pelos doutos integrantes das Cortes Superiores, a fim de não permitir que se consumam injustiças de outro modo irreparáveis.



O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE  
QUANDO DOGMA  
ALGUNS CASOS RECENTES E RELEVANTES  
DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

**O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea — Análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio.**

**José Manoel Arruda Alvim Netto**

A hermenêutica, tal como tradição jurídica, é insuficiente para lidar com a realidade. É necessário que desta realidade se extraia princípios orientadores.

É importante que se tenha uma compreensão profunda da realidade jurídica para poder compreender os princípios orientadores.

Revista de Direito do Trabalho, vol. 11, nº 1, p. 1-10, 1993.  
Personalidade e responsabilidade.  
e. Professor Gilberto de  
Unidade Católica  
1993

# **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS QUADROS DA DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA — ANÁLISE DE ALGUNS CASOS, RECENTES E RELEVANTES, DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, EM QUE INCIDE TAL PRINCÍPIO.**

**José Manoel Arruda Alvim Netto**

Advogado em São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro — Professor Titular na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo [mestrado e doutorado] e na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo — Fadisp.

## **1. O JUIZ E A LEI — MUTAÇÕES NOTÁVEIS NO RELACIONAMENTO SOCIAL, PAPEL DO ESTADO E ATUAÇÃO MAIS INTENSA E MAIS ABRANGENTE DO PODER JUDICIÁRIO**

A hermenêutica, tal como tradicionalmente concebida, se revela, realmente, insuficiente para a plena compreensão do princípio da proporcionalidade. É necessário que desta seara saíamos, para entendermos que, na verdade, se trata *principalmente* quase que de um critério de aferição da validade das leis<sup>1</sup>.

A crescente importância que vem adquirindo tal princípio, se deve a uma evolução profunda do Direito, em cujo evoluir se surpreende especialmente: (a) engrandecimento crescente e paulatino da figura do juiz, tomando-se como lapso temporal em que isto ocorreu, desde o limiar da Revolução

---

<sup>1</sup> Devemos, preliminarmente, lembrar diversos nomes — sem a exclusão de muitos outros — que têm tratado do Princípio da Proporcionalidade entre nós. Dentre esses está o Professor **Willis Santiago Guerra Filho**, constitucionalista e filósofo, e, também estudioso, dos primeiros momentos, entre nós, do princípio da proporcionalidade. Recordemos, ainda, do emérito advogado e jurista de escol, Professor **Roberto Rosas**, que tem escrito sobre diversos ramos do Direito, e, muito competentemente, também, sobre Direito Constitucional, recordando-se desde a 1ª edição do seu magnífico “Direito Processual Constitucional”, de 1983, até recentemente o seu precioso texto sobre “Devido Processo Legal: Proporcionalidade e razoabilidade” (Revista dos Tribunais, v. 783). Dentre esses avulta a figura do Ministro e Professor Gilmar Ferreira Mendes, seja pelas suas obras de densidade e clareza notáveis, a respeito de Direito Constitucional, em que trata, também, sempre com mão de mestre, do princípio da proporcionalidade.

Francesa até nossos dias; (b) alteração *paralela* do tecido normativo, em que o legislador acabou por modelar, em pontos centrais, o sistema jurídico, *com a utilização de conceitos vagos e de cláusulas gerais*, objetivando atribuir maior espaço para o juiz; (c) particularmente, maior conscientização do papel da Constituição, com significação engrandecida do Direito Constitucional, que passa a submeter mais rígida e eficazmente a legislação infraconstitucional.<sup>2</sup>

Parece-nos ter-se reconhecido maior espaço para o juiz, no exame da lei, a partir da conscientização intensificada de que esta deve submeter-se à Constituição,<sup>3</sup> em especial em relação aos direitos fundamentais, viabilizando um controle mais intenso e profundo da constitucionalidade das leis. Esse espectro maior de apreciação para o juiz, todavia, veio a ser aceito no plano do exame da lei ordinária, mas não em relação aos referenciais constitucionais. Isto porque, precisamente, pelo princípio da proporcionalidade, o que se colima é o primado da Constituição, em especial no que concerne aos direitos fundamentais. Constituiu-se, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como que, segundo nos parece, um coroamento de toda essa evolução, numa de suas facetas, constituindo-se teoria particular da validade das normas infraconstitucionais, com vistas a um maior e mais eficiente resguardo de direitos fundamentais, que não devem ser “arranhados” ou “minimizados”, pela legislação ordinária, não compatível com a grandeza desses direitos, tais como tenham sido cunhados na Constituição.<sup>4</sup>

---

2 Tecendo considerações sobre os ensinamentos de **Ferrajolo**, **Lenio Streck** observa que: “Até cinquenta anos atrás, alude **Ferrajoli**, não existia nem no pensamento jurídico e nem no sentido comum a idéia de uma lei acerca das leis, isto é, de um Direito do Direito, sendo inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo a lei a única fonte. e, portanto, onipresente, do Direito: seja fosse concebida como vontade do soberano, seja fosse legitimada como expressão da maioria parlamentar. De maneira que o legislador, na melhor das hipóteses, o Parlamento, era sua vez concebido como onipresente; e onipotente era o Parlamento em consequência da política, da qual o Direito era o produto e, ao mesmo tempo, o instrumento. Tudo isso se altera, diz **Ferrajoli**, com a afirmação, ou se assim se prefere, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas rigidamente” (Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47).

3 Nesse sentido, ainda **Lenio Streck**: “Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. (...) Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (“Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 52-53).

4 Nesse sentido, ainda esta vez, **Lenio Streck**: “Trata-se, enfim, segundo o jurista italiano (**Ferrajoli**), de um câmbio revolucionário de paradigma no Direito: alteram-se em primeiro lugar, as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua

Proporcionou-se, assim, um critério representativo de uma sintonia fina entre textos constitucionais em que se prevêem direitos fundamentais, viabilizando que se identifiquem ou que se flagrem inconstitucionalidades – menos evidentes, ou, em tempos passados, menos detectáveis – decorrentes do descompasso entre o significado albergado pelo texto constitucional e não corretamente compreendido ou obedecido pelo legislador ordinário. Por outras palavras, entende-se, hoje, que tais valores constitucionais não podem ser desconsiderados na inteireza com que hajam sido assumidos pela Constituição, havendo, por isso, para o conteúdo da lei ordinária, critério preordenado a que isso não ocorra. Com isso, quer-se que não haja restrições a direitos fundamentais *desnecessariamente*, *i.e.*, que a disciplina, por lei ordinária, não seja inadequada à preservação da inteireza de tais direitos.

Com isto, acentuou-se que o Judiciário deve ser considerado também, senão fundamentalmente, como um **longa manus** expressivo do constituinte, na fiscalização dessa rigorosa congruência entre as leis concretizadoras de mandamentos constitucionais em relação à Constituição.

É interessante observar-se que não se aplica esse princípio, exclusivamente, na estrita e rígida submissão da lei à Constituição, senão que também no Direito Administrativo [de resto, onde foi originariamente concebido ou idealizado], no Direito Penal, onde comporta vasta aplicação, e, igualmente, em outros ramos do Direito.<sup>5-6</sup> Em texto enviado ao Ministro da Justiça, que

---

*formação, senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo*, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que é uma sujeição, sobretudo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade; em terceiro, altera-se o papel da Ciência Jurídica, que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função à não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto: crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que exigem para superá-las; altera-se, sobretudo, a natureza mesma da democracia.” (“Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47).

5 Ver a obra de: CORREA, Teresa Aguado. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Madrid: EERSA, 1999, passim.

6 Em recente obra o Professor (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.), refere-se a inúmeros exemplos assentados, total ou parcialmente, no critério da proporcionalidade. Nesta obra o autor aborda assuntos, também, estribado no critério de “princípio da insuficiência”, ou seja, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar aquilo que deve fazê-lo, ou, fazendo-o, o faz insuficientemente em relação à significação e à grandeza do Direito fundamental. Como exemplo, indique-se o que está às pp. 91 e seguintes, tendo em vista a relação entre a Constituição e o Direito ordinário, à luz de pretensão de filho, nascido fora de casamento, dirigida contra a sua mãe, com vistas à obtenção sobre a pessoa do seu

teria sido o § 2<sup>o</sup> do art. 273 do Código de Processo Civil, surpreendia-se o critério da proporcionalidade.<sup>7</sup>

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade conecta-se estreitamente com a teoria dos princípios. A máxima da proporcionalidade, segundo **Alexy**, desdobra-se em máximas parciais, quais sejam, a da (i) adequação, a da (ii) necessidade (postulado do meio mais benigno) e a da (iii) proporcionalidade em sentido estrito.<sup>8</sup> De outra parte, segundo este mesmo autor, “princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas e fáticas”.<sup>9</sup>

É por isso que, alguns autores, comparando o chamado princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, afirmam que este vai além do que aquele alcança. Como esclarece entre nós **Helenilson Cunha Pontes**<sup>10</sup>, aqui, no campo do princípio da proporcionalidade, não se exige apenas “que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam os melhores meios de maximização das aspirações constitucionais”. A esse respeito, discorreremos com mais vagar mais à frente.

Para **Paulo Bonavides**<sup>11</sup>, o princípio da proporcionalidade objetiva “instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso”; sucessivamente diz: “(...) trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera pos-

---

pai biológico. Às pp. 92 e 93 são *sopesados* todos os valores em jogo, ponderando o autor, em que medida que “o resultado depende de considerações situadas ao nível do Direito civil, e não de uma ponderação de direitos fundamentais especificamente jurídico-constitucional” (p. 93, *fine*).

7 Lia-se aí a respeito de poder ou não poder ser concedida tutela antecipada, cuja concessão se mostrasse irreversível ou eventualmente irreversível: “Art. 273. § 2<sup>o</sup> A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor”.

8 ALEXY, Roberto. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. cap. III, 8. p. 111.

9 *Id.*, *Ibid.*, p. 112.

10 **O PRINCÍPIO da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 190-191)

11 **CURSO de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 315.

sível de incidência — fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas”.

**Luís Roberto Barroso**<sup>12</sup>, abordando esta temática em relação a assunto *paralelo*, ou seja, com referibilidade ao princípio da razoabilidade, diz que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão exclusivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”

**Maria Rosynete Oliveira Lima**<sup>13</sup> afirma que o princípio da proporcionalidade enseja a procura de um equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem, fazendo brotar, na jurisprudência e doutrina pátrias, análises que ora chamou de razoabilidade, ora de proporcionalidade, não só da atuação administrativa, mas também legislativa.

**Gilmar Ferreira Mendes** — que no texto a seguir refere-se a ambos os princípios, como sinônimos —<sup>14</sup>, vendo o princípio (da proporcionalidade) como consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disse: “o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua **sedes materiae** na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5<sup>o</sup>, LIV)”; afirma, a seguir, que há “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”.

Conforme, ainda, ressalta **Gilmar Ferreira Mendes**<sup>15</sup>, subsidiado por forte aparato doutrinário alemão, o pressuposto da adequação (*Geeigenetheit*)

12 **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 205-206.

13 **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 1999. p. 273-276.

14 **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo. n. 23, p. 475-469, 2. quinz. dez. 1994.

15 “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, São Paulo: 1998, Celso Bastos Editor, p. 39

exige que as medidas interventivas adotadas pelo Estado mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, e, que, portanto, o meio gravoso concretamente utilizado não merece censura. *Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.* Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

## 2. EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA E O PROCESSO CIVIL

Devem-se tecer algumas considerações sobre o contexto histórico do século retrasado, sua evolução cambiante para o século passado, e, dentro desse ambiente, surpreender a linha de evolução pela qual passou pelo Direito Processual Civil, e, nesse caminho evolutivo, verificar as profundas modificações havidas na relação entre juiz e a lei, e sublinhar que modificações profundas que sofreu essa relação, o que veio a significar paulatinamente o engrandecimento dos poderes do juiz e conduziu a uma compreensão diferente da lei, a qual, se nos primórdios da Revolução Francesa não comportava, sequer interpretação literal, ao que se sucedeu a aceitação de que pudesse ser literalmente interpretada, chegando-se aos nossos dias em que a lei é um referencial para o juiz decidir, em cujo âmbito de aplicação — em particular quando haja cláusula geral ou conceito vago — se reconhece um espaço largo para a atividade jurisdicional.

Na pauta originária da pregação e da consolidação do liberalismo individualista, podem-se apontar os seguintes pontos: 1<sup>ª</sup>) a lei, a que estão submissos Executivo e Justiça, “tem de ser igualmente obrigatória para todos”; 2<sup>ª</sup>) pretendia-se que as “leis do Estado correspondessem às leis do mercado:...”.<sup>16</sup> **Jürgen Habermas** observa que, com a transformação socioestatal, do Estado liberal de Direito para o Estado social-democrata, conquanto se tenha operado através da continuação do mesmo Estado, necessária se reve-

---

16 Ver HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública** (investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa). Rio de Janeiro, 1984. p. 100-102.

lou a intervenção deste, que veio a pretender realizar a “justiça”, diante do “esvaziamento” da concepção liberal de dois dos seus elementos chaves: a) “a generalidade como garantia da igualdade”; b) “a correção”, isto é, “a verdade como garantia da justiça”, acrescentando-se que isto ocorreu “a tal ponto que o preenchimento de seus critérios formais, não bastava mais para uma normatização adequada da matéria”.<sup>17</sup>

Não é implausível enxergar-se na estrutura do processo civil clássico reflexo dessas realidades, marcado que foi pela “indiferença” em relação às situações de que ele se constituiu palco.

De certa forma, o juiz “aumentou” e a “lei” diminuiu ou seja, a figura do juiz ganhou importância e diminuiu a relevância da lei, considerada em sua literalidade; ou seja, ao juiz veio a reconhecer-se o poder de desvencilhar-se da literalidade da lei. A capacidade de penetração do juiz, em relação à lei, é que aumentou, mas certamente balizada por parâmetros. Mas, parece-nos legítimo dizer que, por causa do princípio da proporcionalidade, os textos constitucionais é que se “engrandeceram”, dentro de um contexto mais amplo e crescente de maior significação das Constituições, de tal forma que as leis disciplinadoras de direitos fundamentais haverão de concretizar mandamentos constitucionais precisamente à luz da dimensão neles cunhada. Possivelmente, a evolução da relação entre o juiz e a lei, que consistiu em que a lei passou a “jugular” menos intensamente a atividade do juiz,<sup>18</sup> deva ser vista como um *ambiente e um rumo antecedentes e mesmo necessários à possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade*.

Deve-se acentuar que, nesse itinerário, marcado pelo crescente engrandecimento da figura do juiz e do Poder Judiciário, mais “próximos” do Direito Constitucional, o que se verificou foi uma constante e crescente abertura para uma maior proteção jurisdicional, fazendo-se com que, cada vez mais, pudessem estar à disposição do juiz, no plano do processo, instrumentos mais ajustados à realização do Direito, da restauração do ilícito que houvesse ocorrido e mesmo de caminhos novos para evitar que o ilícito ocorresse ou

---

17 V. HABERMAS, Jürgen. *op. ult. cit.*, p. 262.

18 O que, principalmente, quer-se afirmar no texto é que a própria contextura das leis se modificou, passando o legislador, em pontos nodais do sistema jurídico, a utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos vagos, deixando, então e por isso, deliberadamente *maior espaço para o juiz*. O legislador, ao fazê-lo, abandona em relação a muitos setores da vida social, por ele disciplinados, normas minuciosas e plenas de elementos definitórios de conduta, e, por isso mesmo, mais intensamente disciplinadoras da realidade objeto da legislação.



que se repetisse, e, quando verificado, que viesse a ser minimizado. A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença do juiz nas sociedades.

Paralelamente a isto — nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei —, em pontos de grande importância, nos sistemas jurídicos, passou-se à utilização, cada vez mais freqüente, de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque, em tais normas, há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços.

É certo que esse relacionamento entre o juiz e a lei acaba por implicar a própria releitura do princípio da separação de poderes.

### **3. EVOLUÇÃO DO PODER CAUTELAR — PODER CAUTELAR GERAL — A IMPLICAÇÃO NECESSÁRIA DA ATRIBUIÇÃO DE MAIORES PODERES AO JUIZ.**

A esse propósito, *i.e.*, a respeito da circunstância de darem-se poderes mais amplos ao juiz acabar por implicar certa dose de comprometimento do princípio da separação de poderes, em relação a uma leitura rígida que desse pudesse ser feita, como já o foi, ou, pelo menos, que este princípio seja concebido de outra forma, é interessante lembrarmos o assunto que a esse propósito foi discutido na Itália.

Muito se discutiu a respeito de haver, no Código de Processo Civil italiano de 1865, o chamado *poder cautelar geral*. A resposta que predominou foi negativa. A argumentação contrária ao reconhecimento de um poder cautelar, nesse sistema, e, que se feriu em torno dessa questão, se relacionou justamente com o tema da separação de poderes, numa leitura geométrica dessa divisão, dado que se argumentava que não seria possível deixar um espaço tão grande para o juiz, tal como é o necessário ao exercício do poder geral de cautela, pois isso implicaria a própria “criação” de norma jurídica a reger a hipótese, que reclamava proteção a ser deferida pelo poder geral de cautela. E, a “criação” normativa era inviável de ser feita pelo juiz, por causa do princípio da separação de poderes que, em relação a este vedada a “edição de normas jurídicas”.

**Chiovenda**, em posição profética — mas vencida à época, quando seu entendimento antagonizou-se com o entendimento sucessivo de **Calamandrei**, autor de obra clássica (1936)<sup>19</sup> —, sustentou a existência do poder cautelar geral, no sistema de processo italiano de 1865, a partir de pretender generalizar os elementos comuns e constantes das medidas cautelares tipificadas, ou seja, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, estendendo esses fundamentos para um âmbito não objeto de tipificação legal, ou seja, para a área do que veio a ser conhecido como poder cautelar geral, tendo em vista a afirmação verdadeira de que, a tipificação realmente deixava fora inúmeras situações, que, já à época em que escreveu, se entendia que deveriam ser protegidas. No fundo estava subjacente ao seu pensamento a máxima **ubi eadem causa, ibi eadem dispositio**. O que **Chiovenda** escreveu acabou por se projetar no texto do art. 700 do Código de Processo Civil italiano e, igual e reflexamente, serviu de inspiração ao art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro.

Ao lado de a sociedade reclamar um poder cautelar geral, devem ser recordadas as cautelares satisfativas ou atípicas, que, em realidade, como a própria nomenclatura evidencia, não são genuína e propriamente cautelares. Isto se vê pelos adjetivos apostos à expressão cautelares, pois estes adjetivos desnaturariam a própria substância que se reconhecia à cautelaridade, cuja função e eficácia se circunscrevia a proporcionar *segurança jurídica*, e não à produção de efeitos que poderiam ser análogos ou iguais àqueles que no processo principal podem ser produzidos em favor do autor vencedor.

À luz da noção de que cautelares existiam para proporcionar apenas segurança, tal extensão a elas atribuída, levou a que muitos tivessem a possibilidade de antecipação de efeitos análogos aos possíveis no âmbito do processo principal (cautelaridade *atípica* ou *satisfatória*) como distorcidas e extravagantes do objeto juridicamente possível a cautelaridade. É por isso que foram vistas originariamente, como anomalias, em relação às medidas cautelares, justamente porque, por estas era possível, apenas e tão-somente, proporcionar segurança. E, por essa finalidade de proporcionar ou prestar *apenas* segurança, excluía-se a possibilidade de nascerem, de cautelares concedidas, efeitos iguais ou análogos àqueles que surgiriam quando da procedência de uma ação ordinária (processo principal), ainda que, aqueles efeitos, então e em nossos dias, teoricamente, eram e são sempre provisórios.

19 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Casa Editore Dott. Antonio Milani, 1936.

Essas medidas cautelares satisfativas ou atípicas, acabaram, entre nós, gerando a antecipação de tutela, institucionalizada no Brasil, mas efeitos análogos são substancialmente realizáveis, no mundo inteiro, ainda que no âmbito das medidas cautelares.

#### 4. ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA IDÉIA DE SEGURANÇA

A idéia de segurança, no contexto social do Direito liberal individualista, era traduzida pelo absolutismo e pela supervalorização da lei, o que ocorreu no processo e no Direito privado. Com a Revolução Francesa a burguesia “assumiu o domínio da sociedade”, apequenou o Estado (*État gendarme*= Estado polícia) e se impôs no contexto social, duradouramente, através do instrumento do império da lei, no que estava implicado o “controle” dos parlamentos, num ambiente social de liberdade radical.

Dentre os elementos que devem ser levados em conta, em relação aos séculos passado e retrasado, portanto, está a análise e compreensão do Liberalismo e de toda sua significação. Nessa época, tendo em vista a idéia de liberdade dos indivíduos, a que foi correlata a de um Estado apequenado, o instrumento fundamental de realização do sistema foi a lei, transferido que foi o poder político do rei para o do povo, e a lei era tida como se realmente fosse a expressão da vontade geral.

A burguesia “desconfiava” dos juízes, por causa de sua proximidade com a precedente classe dominante, a nobreza, uma vez que grande parte do conjunto de magistrados havia sido recrutada no regime anterior. (*Ancien régime*)

Esta situação resultou na hegemonia sufocante do Parlamento em detrimento da posição apequenada do Judiciário. A evolução sucessiva vem mostrando uma inversão nesse relacionamento, com o “crescimento” do Poder Judiciário.

A lei assegurava a liberdade e não permitia decisão arbitrária do Poder Executivo e nem dos juízes, como, ainda, fazia respeitar a igualdade, ainda que apenas de forma abstrata, e permanentemente, no patamar exclusivo da igualdade formal, como, ainda e principalmente, ensejava segurança. Por esta, entendia-se assegurarem-se situações precedentemente constituídas, (= manutenção do **status quo**) e, bem assim, proporcionar apreciavelmente bem a “previsão do futuro”, sem alterações substanciais. Assim, eram mais

fáceis de serem feitos e mais seguros os prognósticos sobre a interpretação do Direito.

Diante desse papel da lei, era compreensível que não se pudesse reconhecer ao juiz um espectro maior de liberdade quanto à sua interpretação. Nos momentos próximos à Revolução Francesa, chegava-se a negar ao juiz o poder de interpretar a lei. Durante muitas décadas sucessivas prevaleceram, como limites à hermenêutica, aqueles que confinavam o juiz a indagar a respeito da vontade do legislador, ou seja, circunscreveu-se a possibilidade de interpretação à inteligência literal dos textos. Somente no fim do século retrasado, é que esse quadro veio modificar-se. À luz de tais premissas, que praticamente vinculavam o juiz à interpretação literal da lei, era impensável que se pudesse cogitar de um poder cautelar geral do juiz, que tinha a força de gerar normas protetivas para determinadas situações, e, ainda, proporcionava condições de o juiz resolver situações muito mais profundamente, com medidas cautelares satisfativas ou atípicas, situação esta que se constituiu na base para a antecipação de tutela, entre nós.

Paralelamente, como se aflorou, nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam normas mais minuciosas, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições normativas para melhor controle do juiz, *i.e.*, preponderância radical da ***mens legislatoris***. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre.

Deve-se ter presente que, no meio da década de 1880 cristalizou-se alteração no que diz respeito à hermenêutica, reconhecendo-se ao juiz um campo maior de atuação, falando, então, tem interpretação sociológica. Precedentemente a essa época, ancorados os juristas nos referenciais originários da Revolução Francesa, admitiam, apenas, que se interpretasse a vontade do legislador. Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de **Wach, Binding e Kohler**, quase simultâneos, verificou-se a inviabilidade, porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes, de uma tal limitação na hermenêutica, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica, gravitando, agora já não mais em torno da vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da *lei*.<sup>20</sup>

20 Ver sobre isto: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 42-43. Tradução da 6. ed. alemã.

Não foi pequena, como já se lembrou, a desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juizes. Em decorrência disso, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional, especialmente no que diz respeito à interpretação, a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser senão, que a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do *Corps Legislatif*.

Refere-se **Mauro Cappelletti**<sup>21</sup>, aos limites possíveis ou ao âmbito limitado da interpretação. Pode, neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790, dizer-se que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de **P. Foriers**) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa.”<sup>22</sup> Em relação ao que se disse, deve-se remarcar que o objetivo era o preservar a lei, precisamente como havia sido editada. “De certa forma”, nesse contexto, ficava fora da possibilidade de um controle eficiente o Direito Constitucional, como irá se acentuar. É o que observa **Mauro Cappelletti**, debitando essa situação em face da ausência, *na Europa*, de um sistema eficaz de controle da constitucionalidade.<sup>23</sup>

Essa idéia de “proteção da lei”, todavia, cedeu passo à de enxergar-se na lei um instrumento mais atualizado em relação ao tempo de sua aplicação, perquirindo-se mais a **ratio legis**, com vistas a atender às necessidades contemporâneas ao momento de aplicação da lei.

Disse **Georges Ripert** que, com o Código de Napoleão, o reinado do Direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se pode-

21 Cf. CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis do direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed. 1992. cap. I, par. 4<sup>o</sup>, p. 40 e ss.

22 Ver PERELMAN, Chain. *Logica giuridica – nuova retórica civiltà del diritto*, Milano, v. 39., n. 26, p. 75, 1979.

23 V. Mauro Cappelletti. “*Le Pouvoir de Juges*” (coletânea de trabalhos), traduzidos para o francês pelo Professor **René David**, Paris, 1990. ed. Presses Universitaires d’Aix-Marseille e Economica. V. o estudo “*Le Pouvoir Judiciaire dans un État fédéral*”, p. 284, nota 4, onde diz: “*De même l’absence d’un contrôle judiciaire de constitutionnalité a été l’une des principales raisons qui ont rendu vain en Europe, au XIX<sup>ème</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle les efforts faits pour assurer la suprématie du droit constitutionnel et limiter de façon efficace les pouvoirs du Parlement*” (v. também, no mesmo trabalho nota 17, p. 289, em relação à Suíça, onde há ausência de controle sobre a constitucionalidade, senão que, apenas, há controle “*sur la conformité des lois cantonales au droit fédéral*”; e, nota 28, p. 291, noticiando os esforços desenvolvidos na Áustria e Alemanha, esta com a Constituição de Weimar, para colmatar a lacuna ou alterar essa situação).

ria tocar “com a mão trêmula”.<sup>24-25</sup> A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de *previsibilidade* e muito mais à de *manutenção do status quo*.

Diante desse quadro e tendo este sido um sistema concebido para a burguesia, que representava o poder econômico, nada se pedia ao legislador, senão a liberdade.

## 5. O PLANO DO DIREITO CONSTITUCIONAL — O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sabe-se que nas sociedades contemporâneas não existe mais a crença no sentido de que a lei seja reflexo “genuíno” da vontade do povo. De fato, em sociedades extremamente heterogêneas, em que não se enxerga com nitidez uma classe dominante e uma classe dominada, ficam fundamente comprometidas e rarefeitas as noções de bem/mal, justo/injusto, certo/errado.

A freqüente e incessante inclusão de camadas sociais, antes marginalizadas, na sociedade institucionalizada, somada à hoje já não mais rara alternância de grupos nos centros decisórios, retirou da dogmática jurídica tradicional a aptidão plena para resolver os conflitos. A dogmática tradicional é a que se operacionalizou a partir e em função do modelo liberal do Direito e do Estado.

É oportuno lembrar-se que o acesso à justiça, objetivo que há muito vinha sendo almejado, somado aos aspectos que caracterizam as sociedades contemporâneas, há pouco referidos, vem demonstrando com inclemente clareza a insuficiência do sistema positivo, visto sob a ótica da hermenêutica mais conservadora, para gerar satisfação social no que diz respeito aos problemas jurídicos.

Assim, e nesse contexto, os princípios, cuja inclusão nos Códigos antes não tinha senão a finalidade de evitar o *vazio normativo* (como quando se necessitasse de um princípio, para resolver um problema jurídico, se estivesse resolvendo-o com a lei, já que esta o encampava expressamente), passaram a adquirir importância realmente digna de nota. O reconhecimento de que os princípios jurídicos integram o sistema, imprimindo-lhe coesão e harmonia, desempenhando o papel de vetor interpretativo e outras funções re-

---

24 Ver a respeito: RIPERT, Georges. *Led déclin du droit: études sur la législation contemporaine*. Paris: LGDJ, 1949. n. 2, p. 2 e ss.

25 Ver a respeito: RIPERT, *op. cit.* p. 3.

levantes, se prestou a oxigenar e flexibilizar a teia normativa, sem comprometer definitiva e indesejavelmente o valor segurança, já que são dotados de dose de objetividade suficiente para servirem como parâmetros de controlabilidade dos erros/acertos das decisões judiciais.

Nesse ambiente é que ganhou relevo o princípio da proporcionalidade, por muitos identificado como coincidente com o princípio da razoabilidade<sup>26</sup>.

Com a incidência do princípio da proporcionalidade, sela-se uma *solução de compromisso* cujo resultado é dar mais valor, *numa dada situação concreta* a certo princípio/valor, em detrimento de outro, sem que, com isso, se deva necessariamente repetir a operação no futuro, para um caso ou situação diferentes. O princípio da proporcionalidade incide de molde a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades, como que indicando a solução que se amolde de maneira perfeita às circunstâncias.

É interessante observar que sendo afastada a incidência de um princípio num determinado caso concreto, em favor de outro, aqueles que foram afastados se mantêm íntegros em sua validade, embora diminuídos em sua eficácia, o que ocorre pontual e circunstancialmente<sup>27</sup>.

Hoje se entende que não há necessidade de que o princípio esteja explicitamente positivado, para que se o considere integrante do ordenamento jurídico. Na verdade, saber-se se o princípio existe num dado ordenamento jurídico, é, em primeiro lugar, *intuído*, via de regra pela análise do direito posto. Depois, se constata que este pode ser “legitimado” historicamente, e, por último, se verifica se este é “fêcundo” (a manifestação abundante de certo princípio é prova inequívoca de sua existência) aqui<sup>28</sup>.

Parece, entretanto, irreversível a tendência no sentido de que os princípios sejam abrangidos pelos textos das Constituições ou, quando não positivados, reconhecidos como princípios de índole ou caráter constitucional.

26 Há autores, como **Luiz Virgílio Afonso da Silva**, que se preocupam em afirmar que não se trata de um mesmo princípio. Observa, na verdade, que rigorosamente a regra da proporcionalidade não seria propriamente um princípio, já que é aplicada de forma constante e não entra em conflito com os demais princípios. Diz que proporcionalidade e razoabilidade são conceitos próximos, mas não idênticos. Notícia que no Direito a razoabilidade nasceu da irrazoabilidade. Era razoável aquilo que não era escancaradamente irrazoável. Trata-se, portanto, de um princípio muito mais simples do que o da proporcionalidade, cuja discussão é bem mais recente (O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50.).

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 54.

28 PANUCCIO, Vincenzo. **Saggi di metodologia giuridica**. Milão: Guiffè, 1995. p. 46.

Foi o que ocorreu com o princípio da proporcionalidade: concebido ou engendrado no seio do Direito Administrativo, foi, paulatinamente, migrando para o âmbito do Direito Constitucional, em que hoje se insere.<sup>29</sup>

A impressão que se tem é a de que a crença, de que antes se falou, que precedentemente tinha como objeto a *lei*, hoje se terá, pelo menos parcialmente, transferido para as Constituições e para os princípios de **status** constitucional.<sup>30</sup>

Depois da Segunda Guerra Mundial é que adquiriu maior relevância o plano da interpretação constitucional.<sup>31</sup> O princípio da proporcionalidade, numa de suas mais significativas facetas, consiste justamente em avaliar uma dada lei à luz de valores constitucionalmente consagrados (em particular, os que são representativos de direitos fundamentais). E, mercê desta avaliação, objetiva-se verificar se o regime jurídico infraconstitucional bem regulou o assunto, vale dizer, se o legislador ordinário, ao concretizar os valores constitucionais (dos direitos fundamentais que possam aparentemente se antagonizar), bem dimensionou esses valores consagrados, ou, ao contrário, exorbitou, aumentando indevidamente um valor constitucionalmente consagrado, em detrimento de outro, igualmente protegido.

29 No limiar do século XIX era possível perceber certa confusão entre atividade policial e âmbito do Direito Administrativo. A limitação do poder estatal era vista como uma mera garantia da integridade física e moral. **Otto Mayer**, há muitos anos, referia-se a uma proposição de validade geral, através da qual se vedava à força policial ir além do necessário e exigível para a consecução de sua finalidade, referências estas sempre relacionadas à atividade policial, colhíveis na literatura da primeira metade do século passado.

30 Nesse sentido, **Lenio Streck**: “Conseqüentemente, é inexorável que, com a posituação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*. O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o transcender as funções de *checks and balances*, ou seja, como bem lembra **Vianna** (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 270 p.), *mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente*”. (**Hermenêutica jurídica (m) crise**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46).

31 É o que se vê em **Clémerson Merliu Clève**: “Na mesma linha, acrescenta-se a lição de **Clève**, para quem os dados normativos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição (a do Zaire, por exemplo), mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, esta é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação”. (**A fiscalização abstrata da constitucionalização no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 209-210).



Este poder interpretativo realmente redimensiona a atividade jurisdicional, por isso que passa a caber ao Judiciário, e, de uma maneira especial, às mais altas cortes de um sistema jurídico, no julgamento de inconstitucionalidade, a avaliação dos meios de que se serviu o legislador ordinário, em relação à concretização de determinado valor constitucional.

## **6. CONSCIENTIZAÇÃO DOS JURISTAS E DAS SOCIEDADES EM RELAÇÃO À DA POSIÇÃO FUNDANTE DA CONSTITUIÇÃO**

Em relação à validade, eficácia das normas que envolvem os valores que são vocacionados a prevalecer em sua inteireza, particular e especialmente, os direitos fundamentais, encontra espaço o princípio da proporcionalidade, albergado que está, em nosso sistema constitucional, dentro da cláusula do devido processo legal.

Trata-se de potente instrumento de calibração ou mensuração das leis, em atenção à dimensão do valor constitucional de direitos fundamentais, principalmente, tendo em vista como e de que forma as leis disciplinam tais valores constitucionais. Este princípio orienta para que se faça a avaliação da lei à luz do Direito fundamental, para verificar-se se restrições que essa lei possa ter oposto ao Direito fundamental se justificam.

A significação fundante do Direito Constitucional que se veio acentuando, nos últimos tempos, não deixa de ser senão o reconhecimento enfático do primado do Direito Constitucional (que preexistia a esta postura contemporânea, hoje muito mais consciente do que no passado), o que conduziu a uma renovada visão da Constituição e do “seu peso” sobre o ordenamento, que nela encontra sua legitimidade. É por isso que essa posição eminente ganhou uma renovada significação. Lembrou, com oportunidade ímpar, o Ministro Moreira Alves, quando da instalação da Constituinte que: “De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ela já existe na Idade Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV”.<sup>32</sup> (ver notas 2 e 3) E, pode-se agregar que, dentre essas, avultam as normas em que se prevêem direitos fundamentais.

---

32 Ver ALVES, Moreira. Discurso de instalação proferido ao ensejo da instalação da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 83, jan./mar. 1987, p. 5.

Há por isso de remarcar-se que “Judiciário [pode] proceder até ao exame da lei — dentro do contexto de avaliar a sua constitucionalidade, *i.e.*, em função da compatibilidade dos meios nela idealizados pelo legislador (=legislador ordinário) para atingir determinado fim, entre as opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei”.<sup>33</sup>

Num dos pólos do confronto, coloca-se um direito fundamental (=previsto em texto constitucional) e no outro uma lei, àquele texto relacionada. Esta lei é avaliada em função das opções políticas — que presidem as possibilidades de disciplina ordinária de concretização daqueles valores — que se colocavam para o legislador, para (i) realizar o Direito fundamental, sem que o legislador ordinário (ii) indevidamente (inadequadamente, desnecessariamente) diminua o âmbito do Direito fundamental.

Se se tratar da disciplina ordinária de um Direito fundamental, em relação ao qual possa haver outro Direito fundamental que, aparentemente, juntamente com aquele possa ocupar o mesmo espaço, o legislador ordinário deverá bem sopesar qual a grandeza de ambos os direitos fundamentais, e regular um deles ou ambos, sem que, nessa disciplina infraconstitucional, se atrofie qualquer um deles. *A lei ordinária deve ser uma rigorosa projeção no plano da legislação do que foi constitucionalmente previsto.* Por outras palavras, deverá concretizar na disciplina infraconstitucional a dimensão do Direito fundamental ou dos direitos fundamentais cunhados ou concebidos na esfera constitucional.

## 7. CRITÉRIOS CENTRAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Parece-nos que os critérios a informar e mobilizar o intérprete do Direito Constitucional, são os seguintes, tendo em vista a exegese recomendada por **Konrad Hesse**: 1) ter sempre presente e preservar a unidade da Constituição;<sup>34</sup> 2) os bens jurídicos têm de ser coordenados, ou seja, deverá da exege-

33 Cf. o trabalho de BARROS, Luzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 25.

34 A noção de unidade do sistema jurídico é antiga e os mais autorizados autores, antigos e mais modernos, sempre a sublinharam. Vale sublinhar, por exemplo, dentre muitas das observações de **Santi Romano**, que as leis, constitutivas de um sistema, encontram-se, justamente porque inseridas nesse sistema submetidas a uma idéia de unidade, que marca os ordenamentos jurídicos, mesmo porque, aduzimos nós, parece ser incompreensível um sistema sem unidade (v. amplamente, ROMANO, Santi. *L'Ordinamento giuridico*. 2. ed., reimpressão. Firenze: Sanzoni, 1951. par. 2-3, p. 12 e ss.). Esse sistema, assim unitariamente compreendido, é informado por seus princípios (princípios guias, como os chamou **Savigny**, sem os quais torna-se difícil ou inseguro resolver os problemas). (Veja-

se resultar uma concordância prática, em que se expresse a convivência dos mesmos; 3) ao se interpretar uma norma constitucional — constantemente, e, no caso destas considerações isso se passa precipuamente — há que se fazer com que os diversos bens se equilibrem.<sup>35</sup>

Outro notável autor — **Klaus Stern** — ressalta, igualmente, a idéia de unidade, o que conduz a que haja a Constituição de ser interpretada “sem fissuras e sem contradições”; aduzindo, ademais, que ao intérprete incumbe solucionar a relação de tensão recíproca existente entre as normas, harmonizando-as.<sup>36</sup>

## 8. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, PARTICULARMENTE A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Um dos primeiros casos julgados, mas possivelmente não o *leading case* no Brasil, a respeito de referência ao princípio da proporcionalidade, então rotulado de “razoabilidade” ocorreu no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade n. 930/DF, julgada em 05.05.1976, Relator para o acórdão Ministro **Rodrigues Alckmin**. Dizia respeito à disciplina, por lei, da profissão de corretor, tendo sido havida, essa disciplina, como injustificável (=injustificavelmente ou desarazoadamente restritiva). Por outras palavras, dir-se-ia hoje que as restrições ao exercício da profissão de corretor, à época, eram injustificáveis, porque nada de especial ou particular era requerido para esse exercício, e, à luz do direito do livre exercício, albergado pelo texto constitucional, as restrições acabavam por desrespeitar a

---

se de SAVIGNY. *Vom beruf unserer jur gesetzbung und rechtswissenschaft*. Heildeberg: Ed. Mohr u. Zimmer, 1814. p. 22. na tradução espanhola. SAVIGNY. *Dela vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Atalaya, [18-?]. cap. II, p. 51.). O que nos parece, casando-se estas noções com a do princípio da proporcionalidade, é que através deste “acomodam-se” as situações objeto de regulação por lei ordinária aos mandamentos superiores da Constituição, especialmente, tendo em vista os direitos fundamentais, de tal forma que o sistema constitucional possa prevalecer. Pode-se dizer que esse princípio preside em inúmeras hipóteses o relacionamento existente em o sistema constitucional, para o fim de que este prevaleça sobre o sistema infraconstitucional, sem falhas e em face de critérios de ponderação, que se situa na comparação dos referenciais constitucionais com os de sua concretização por lei ordinária, de tal forma que aqueles não sejam, injustificadamente mutilados.

35 Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge der Bundesrepublik Deutschland* ou Lineamentos fundamentais do Direito Constitucional da República Federal alemã. Heidelberg: Ed. Muller, 1988. cap. 4, par. 2º, ns. 77 ss; ns. 79 ss; Na tradução espanhola, HESSE, Konrad. *Escritos del Derecho Constitucional*, Madrid: Ed. do Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ns. 74 ss. e 79 ss., p. 50-57.

36 Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Munique: Beck'sche, 1984. cap. III, par. 4º, n. 8. p. 131. Na trad. espanhola parcial. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1897. p. 290-291.

grandeza e a dimensão do significado desse livre exercício. Consta do acórdão a indagação: “Que adiantaria afirmar livre o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?”. Tratava-se de disciplinar a profissão de corretor — partindo-se, por certo, da premissa material assumida pelo acórdão e que se há de ter como verdadeira — para cujo exercício não era sequer exigida “capacidade técnica”, o que tornava sem sentido determinadas exigências da lei.

Antes desse caso, pode-se identificar hipótese ainda mais antiga, a do julgamento no RE n. 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, publicado na Revista Forense vol. 145 (1953), pp. 164 e seguintes, que versava sobre o poder de taxar. O que nesse acórdão, firmou-se que o poder de taxar não pode chegar ao ponto da destruição da atividade objeto da taxação. Este entendimento que é, por certo, lastreado em elementar *bom senso*, já era antigo e pode-se dizer constituir-se em princípio constitucional do Direito norte-americano.<sup>37</sup>

Deve-se, mais recentemente, também fazer menção à — Representação n. 1.077,<sup>38</sup> em que se enfrentaram os limites da taxa judiciária, com largo desenvolvimento. Firmou-se o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade”.

Em fevereiro de 1968 (STF, Ministro Themístocles Cavalcanti, HC 45.232, RTJ 44, pp. 322 (327-328), analisou o art. 48, do Decreto-Lei n. 314, de 1967. O STF reconheceu que a restrição aí contida revelava-se desproporcional (excedente, ou, descabidamente excedente, aos efeitos da condenação), dado que aí se proibia que o acusado de prática contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada.

O STF, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5<sup>o</sup> e seus parágrafos e incisos, da Lei n. 8.713, de 30.09.1993, disciplinadora da participação de partidos políticos nas eleições presidenciais, utilizou-se do princípio da razoabilidade (assim nominado no acórdão), ou seja, decidiu que:

(a) a Lei n. 8.713 fere o princípio constitucional do devido processo legal [sede do princípio da proporcionalidade];

37 V. DORIA, Antonio Roberto Sampaio.

38 Representação n. 1.077/STF.

(b) esse princípio abarca a falta de razoabilidade de uma norma;

(c) Consta do voto do Ministro Moreira Alves: “Por isso mesmo, já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade” [permite o acórdão que se sublinhe a similitude ou proximidade entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade].

(d) são — os textos em causa, da Lei n. 8.713 — dispositivos de exceção; ou seja, continua o voto: “...partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto para cercear a liberdade desses partidos políticos”.

(e) questiona-se, o Ministro Moreira Alves, se seria possível estabelecerem-se restrições ao pluripartidarismo, deixando de enfrentar a questão, na hipótese, porque rigorosamente impertinente, mas concluindo: “Fico apenas nesse outro, que é o da falta de razoabilidade desse princípio”.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, mais recentemente tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas.<sup>39</sup> De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado normas que não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações: “A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (ADIn n. 1.407/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

<sup>39</sup> Veja-se a ADIn n. 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello — ADIn n. 1.158/AM.

Conclui-se, portanto, que, superado esse limite, e exteriorizando a norma legal conteúdo tisdado pelo vício da irrazoabilidade, vem o legislador, em tal anômala situação, a incidir em causa configuradora do excesso de poder, o que compromete — especialmente naquelas situações em que a lei se reduz à condição de deliberação estatal totalmente opressiva e arbitrária — a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa.” (ADIMC-n. 1.755, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 04.02.1998, p. 1).

Manifestou-se no STF o Ministro Moreira Alves: “Começo pelo princípio constitucional do *due process of law*, oriundo do Direito norte-americano, de conceito tão impreciso que o *Justice Felix Frankfurter* chegou a afirmar que a sua essência não admite os limites inseguros de uma conceituação: que os exemplos de sua aplicação e de seus significados em manual jurídico (...). E mais: conceito que tem variado no tempo, perdendo seu significado primitivo (que foi acolhido nos EUA por cerca de um século) restrito ao campo dos procedimentos irregulares e iníquos das autoridades executivas e judiciárias especialmente no terreno processual penal, para, paulatinamente, passar a permitir que o Poder Judiciário declare como inconstitucionais — e nos Estados Unidos da América só há esse controle no caso concreto —, leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão que possam ferir, indiretamente direitos constitucionais.” (Voto do Ministro Moreira Alves na ADIn n. 223, RTJ 132/571)

## 9. DADOS HISTÓRICOS

Talvez países como a Alemanha, Espanha e Portugal, que, francamente (em especial a Alemanha) têm se valido desse princípio, tenham nele encontrado uma forma, sucessiva a ditaduras duríssimas, de se assegurar quanto à exigência de ser considerado um conteúdo necessário mínimo de direitos inerentes ao homem. Em especial a da Alemanha “como era de se esperar depois do nacional-socialismo e da guerra, fez [a Alemanha] uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limite o poder do Estado” para a preservação de determinados valores, justamente essenciais ao homem, ou seja, direitos fundamentais

Entre nós, há tempos, **San Thiago Dantas**<sup>40</sup> enfrentou o problema da lei arbitrária, que possa reunir formalmente todos os elementos da lei, mas fere

---

40 DANTAS. Santiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*, contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, v. 116, ns. 537/538, p. 357-367. mar/abr. 1948.

a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, ... mas — sublinhava à sua época — ser “um problema de grande dificuldade teórica e de relevante interesse prático”.

Ainda **San Tiago Dantas** afirmou que: ‘Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos, reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta’.

Na Alemanha, onde se construiu requintadamente o princípio, chegou-se a decidir que:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o Direito fundamental” (decisão do Tribunal Constitucional, 30:292, de 16.03.1971 caso do petróleo)<sup>41</sup>.

**Gilmar Ferreira Mendes**, ainda, noticia a seguinte decisão: “No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”<sup>42</sup>.

Na Itália, desde 1953 havia texto tratando do assunto, em que se afastava um exame inspirado no princípio da proporcionalidade: Lei 87, de 11.03.1953: “Art. 28. “...il controllo di leggitimità della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale”.

Pode-se dizer que o panorama foi alterado em função da inserção da Itália na Comunidade Européia, pois a Itália aderiu a convenções internacionais com valor de lei ordinária, internamente. Na Convenção de Roma (Con-

41 Decisão citada por MENDES, Gilmar Ferreira, **Controle da Constitucionalidade**, p. 43.

42 Novamente, **ibid**

venção Europeia de Direitos Humanos – CEDH) previu-se que: “Art. 18. “As restrições que, nos termos do presente Convênio, se imponham aos citados direitos e liberdades não podem ser aplicadas senão com a finalidade em relação à qual hajam sido previstas”

A situação italiana foi visivelmente influenciada por decisões da Corte Internacional de Direitos Humanos e hoje, se fala, na Corte Constitucional, em “*idoneità, necessità e proporzionalità del provvedimento*”<sup>43</sup>.

O princípio da proporcionalidade, na Espanha, é largamente adotado pelo Tribunal Constitucional em diversas sentenças, e, dentre essas, as de 23.05.1985 e a de 16.02.1988, no âmbito de recurso de amparo: “*la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a sua enjuiciamiento en este Tribunal cuando esta falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza*”.

Em Portugal, diz a Constituição de 1976: “Art. 18. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

#### **10. UM CASO CONCRETO POR NÓS ESTUDADO COM ARGUMENTAÇÃO CENTRAL NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Foi submetido à nossa análise caso interessante e a solução, por nós proposta, baseou-se, ao lado de diversos argumentos, destacada e fundamentalmente, no princípio da proporcionalidade.

A questão central, que nos incumbia resolver, dizia respeito à necessidade de fixação de preços individuada e diretamente nos produtos que estavam à venda (um a um) em supermercados, porque isso seria exigido pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e de Defesa do Consumidor prescreve no seu art. 6º, um espectro amplo de proteção ao consumidor. Diz o texto:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - (...)

II - (...)

---

43 ZAGREBELSKY, G. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984, passim.



III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; ...”

Mais minudentemente, o mesmo diploma a respeito da transparência com que devem ser apresentados os produtos, em particular o preço, regula o assunto no seu art. 31.

Dispõe esse texto:

“Art.31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”.

À luz dessa disciplina, houve por bem decidir o então Ministro da Justiça que era imprescindível, para dar cumprimento à lei, que “os preços [fossem fixados individualmente] diretamente nos produtos expostos à venda. Oriento, por derradeiro, o Sistema Nacional de Defesa — Consumidor, a agir de acordo com o teor da precitada manifestação do DPDC”.

Procurou-se demonstrar, com base na legislação comparada, que essa exigência, através da qual, no Brasil, necessariamente se traduziria a transparência a que se referiria o art. 31, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor não existe, porque realmente nada de similar foi imaginado por nenhum legislador estrangeiro. Vale dizer, por um critério de comparação procurou-se demonstrar que uma tal exigência, extremamente penosa para o empresário-fornecedor, prejudicava o livre comércio e paralelamente não se justificava como providência protetiva útil ao consumidor.

A legislação comparada, no caso, com vistas a demonstrar que — possivelmente — nenhum país, inserido na vertente de proteger o consumidor, entendeu, por lei, o que entendeu o então Ministro da Justiça.

Em Portugal o assunto encontra-se regrado na norma em que se disciplina a “Afixação do preço nos estabelecimentos de venda a retalho”, Decreto-Lei n. 138, de 26 de abril de 1990.<sup>44</sup> O que aí se colhe de útil ao confronto, está

---

44 BRAGA, Armando (comp.). *Legislação de defesa do consumidor*. Porto: Porto Ed., 1994. p. 310-314.

nos arts. 1º e 5º, desse diploma: “Art. 1º. 1. Todos os bens destinados à venda a retalho devem exibir o respectivo preço de venda ao consumidor”. E, em relação às formas de indicação do preço (art. 5º, 1), há referência ao “modo inequívoco, fácil e perfeitamente legível, através da *utilização de letreiros, etiquetas ou listas, por forma a alcançar a melhor informação para o consumidor*”.<sup>45</sup> No art. 5º, 2, letras **a a c, e**, bem assim, em face do art. 5º, 3 e 4, verifica-se que a situação retratada nestes autos se acomodaria dentro do que do diploma português consta.

Na França, disciplina-se o assunto dentro de requisitos em relação aos quais se encartaria, indubitavelmente, a situação retratada, e, que, tal como em Portugal, indicam a **ratio legis**, que é também e a mesma, da que está nos arts. 6º, III e 31 do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, não se vislumbrando sequer indiretamente texto do Direito Comparado que pudesse sugerir coincidência com a determinação do então Ministro de Estado.

Regula o tema, no direito francês, o “*Arrêté*” de 3 de dezembro de 1987.<sup>46</sup> O que se lê no art. 1º é que “*Toute information sur les prix des produits ou des services doit faire apparaître, quel que soit le support utilisé, la somme totale, toutes taxes comprises, qui devra être effectivement payée par le consommateur, exprimée en monnaie française*”.

45 É o seguinte o teor desse Art. 5º. 2, 3 e 4 (colhido da obra “Legislação de Defesa do Consumidor”, *cit.*, p. 311):

“Art. 5º Formas de indicação do preço.

2. Para efeitos do disposto no número anterior considera-se:

a) *Letreiro* — todo o suporte onde seja indicado o preço de um único bem ou serviço;

b) *Etiqueta* — todo o suporte apenso ao próprio bem ou colocado sobre a embalagem em que este é vendido ao público, podendo, no entanto, ser substituída por inscrição sobre a embalagem, quando a natureza desta o permita;

c) *Lista* — todo o suporte onde sejam indicados os preços de vários bens ou serviços.

3. Só podem ser usadas as listas quando a natureza dos bens ou serviços torne materialmente impossível o uso de letreiros e etiquetas ou como meio complementar de marcação de preços.

4. Em qualquer caso, a indicação do preço deve ser feita na proximidade do respectivo bem ou no local em que a prestação do serviço é proposta ao público, de modo a não suscitar qualquer dúvida ao consumidor.

5. Os bens ou prestações de serviço, vendidos ao mesmo preço e expostos ao público em conjunto, podem ser objecto de uma única marcação de preço.

6. Quando o preço indicado não compreender um elemento ou prestação de serviço indispensável ao emprego ou à finalidade do bem ou serviço proposto, essa particularidade deve estar explicitamente indicada”.

46 CODE de la consommation 12. ed. Paris: Dalloz. 1997. Anotações de jurisprudência do professor Jean Calais-Auloy, p. 35-38.

O Art. 1<sup>o</sup>, 4, reza, a seu turno: “4. *Le prix de tout produit destiné à la vente au détail et exposé à la vue du public, de quelque façon que ce soit, notamment en vitrine, en étalage ou à l'intérieur du lieu de vente, doit faire l'objet d'un marquage par écriteau ou d'un étiquetage*”.

Na Espanha, igualmente, o entendimento em relação à disciplina do assunto, ou seja, o da Lei n. 26, de 19 de Julho de 1984, editada para regulamentar o art. 51, da Constituição espanhola, jamais poderia servir de suporte ao entendimento firmado pelo Ministro de Estado. Essa lei *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, em seu art. 13, 1, **caput**, estabelece que em relação a bens, produtos, e, sendo o caso, serviços, postos à disposição dos consumidores e usuários dever-se-á “*llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes: ...*” E, no art. 13, 1, letra **d**, consta: “*Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares*”.<sup>47</sup> A propósito da exegese deste art. 13, 1, diz-se que ao prescrever o texto que o produto ou serviço “*deberán incorporar, llevar consigo o permitir*”, querendo-se significar com isto que “*Dentro de estas genéricas previsiones caben todo tipo de formas de presentación de información. Como ha dicho Pérez Garcia, el legislador ha querido agotar todas las posibilidades de relación de la información con el producto*”, o que quer dizer é que, cumprida a finalidade da lei, ou implementada no plano empírico a sua **ratio legis**, a informação será havida como idônea, clara, precisa e inequívoca.<sup>48</sup>

47 Colhido o texto da obra coordenada pelos Professores BERCOVITZ, Rodrigo; SALAS, Javier. (Coord.). **Comentarios a la ley general de los consumidores y usuarios**. Madrid: Civitas, 1992. p. 1.117. Nesta obra encontra-se mais legislação, constando a da Galícia (Lei n. 120, de 20 de julho de 1988, lei de ‘*Ordenación del Comercio Interior de Galicia*’), por ser a Galícia dotada de Estatuto de Autonomia, competindo-lhe “*la competencia exclusiva en materia de comercio interior, ...*”. No art. 37. 1, em que se regulam os preços lê-se: “*El precio en pesetas de todo producto destinado a la venta o servicio ofertado deberá ser expuesto o exhibido al público de forma explícita e inequívoca, por unidad de las usualmente aceptadas en el mercado. En caso de ventas con cargos aplazados deberá exhibirse al menos el importe de cada plazo, el número total de ellos y la periodicidad de los mismos, y el precio total resultante*” (obra citada, p. 1.313).

48 Cf. VALLEJO, Antonio Ortí. **Derecho a la información**: comentário ao art. 13. pp. 397-427. In: BERCOVITZ, Rodrigo; SALAS, Javier. (Coord.) **Comentarios a la ley general de los consumidores y usuarios**. Madrid: Civitas, 1992. Estando o trecho referido pp. 416-417.

Na Inglaterra disciplina o assunto o *Code of Practice for Traders on Price Indications*,<sup>49</sup> que, conquanto extremamente minucioso, deixa amplíssima margem aos comerciantes quanto aos modos de indicar os preços.

Dispõe-se aí aplicar-se o “Ato de Proteção ao Consumidor de 1987”, com penalidade criminal “se a indicação de preço [for falseada] — seja na televisão ou em anúncio de jornal, num catálogo ou folheto (*leaflet*), em notícias, tickets de preço ou em letreiros em lojas, ou, então, se você fornece o preço oralmente, por exemplo, por telefone”.<sup>50</sup>

Sucessivamente, lê-se no texto do diploma inglês que: “Este Código é endereçado aos comerciantes e dispõe a respeito do que é a boa prática a ser seguida em relação à indicação de preços numa escala ampla, em circunstâncias diferentes, com vistas a que se evite apresentação enganosa na indicação dos preços. *Mas o ato não exige que você aja na forma indicada por este Código. Você pode ainda fornecer indicações de preço que não estejam previstas neste Código, desde que não haja engano nessa indicação*”.<sup>51</sup>

Nesse caso, por nós estudado, procurou-se, em seqüência à demonstração de que o entendimento em todos os países, por textos claros, em relação à transparência das informações, e, em especial, atinentemente ao preço da mercadoria, jamais poderiam ter servido de argumento em prol da juridicidade do despacho do Ministro de Estado, tal como ocorre com a lei brasileira (CDC, art. 31).

Procedeu-se, em seqüência, ao enquadramento constitucional, procurando-se referir quais os direitos constitucionais em pauta, com vistas a, em função do sopesamento, à luz justamente do princípio da proporcionalidade, avaliar a decisão do Ministro de Estado.

É preciso ter presente, no caso, que o direito à propriedade privada encontra-se, também, como Direito fundamental, no art. 170, da Constituição Federal, como aí, também, no art. 170, **caput** e 170, parágrafo único, resguarda-se a atividade econômica, que só haverá de ser coarctada, como consta do texto constitucional, por lei (art. 170, parágrafo único, CF).

Toda a argumentação, de que nos utilizamos, para opinar quanto ao presente caso, resume-se na premissa de que a lei só pode restringir os direi-

49 INGLATERRA. *Code of practice for traders on price indications*. In *Consumer law statutes*. 7. ed. [S. L.]: Monitor Press, 1990. pp. 326-337.

50 INGLATERRA. *op. cit.*, *The Consumer Protection act*. introdução. n. 1, p. 326.

51 *Ibid.*, n. 2, p. 326.

tos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar um outro Direito fundamental, havendo-se de sopesar ambos. Trata-se de linha argumentativa visivelmente orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Invocou-se, como fundamento próximo, caso análogo julgado liminarmente, então, pelo STF, para servir de suporte jurisprudencial próximo à linha de argumentação. Tratou-se da ADIn n. 855-2; essa analogia era tanto mais próxima, porque utilizou-se, no acórdão, do *princípio da proporcionalidade*, gravitando este em torno das *garantias do consumidor*, depois da vigência do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Tratava-se de lei local, de Estado federado, disciplinadora de consumo, em que se impunha, na troca domiciliar de botijões de gás, que houvesse sempre pesagem “à vista do consumidor”, tanto do bujão recolhido, quando do entregue (consta da súmula da lei). Para isso haveriam os entregadores de “portar balança apropriada para essa finalidade”.

O que é perceptível do acórdão proferido no julgamento da medida cautelar da ADIn n. 855-2 — onde francamente o STF fundamentou acórdão no princípio da proporcionalidade é que, de uma parte, sustentou-se a competência da União, para a disciplina do assunto (ainda que haja previsão de competência concorrente do Estado federado), como, também, constituiu-se fundamento do acórdão, a violação do princípio da proporcionalidade (Acórdão, item 6<sup>o</sup>, do relatório; e, item 4<sup>o</sup> do voto do Relator).

Em relação ao aspecto atinente ao princípio da proporcionalidade, fundamentou-se em que as despesas que estavam implicadas, se cumprida a lei local, em decorrência das inovações por ela impostas, seriam “onerosas e de duvidosos efeitos úteis”. Ou seja, de uma parte onerariam excessivamente o fornecedor, em relação ao qual existe a previsão constitucional de *livremente comerciar*, e, de outra parte, argumentou-se também com o fato de que o que se objetivava com a lei, se cumprida, *levaria a resultados duvidosos*.

**Os incentivos fiscais à exportação e a vigência do Decreto-Lei n. 491/1969 após a promulgação da Constituição Federal (ADCT, art. 41).**

**Demócrito Reinaldo**

## OS INCENTIVOS FISCAIS À EXPORTAÇÃO E A VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 491/1969 APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ADCT, ART. 41)

**Ministro Demócrito Reinaldo**

Discute-se na doutrina, com revérbero na jurisprudência, ainda vacilante nos Tribunais, se os *incentivos fiscais* pertinentes ao IPI, instituídos pelo Decreto-Lei n. 491/1969, e incidentes sobre a aquisição de insumos e matérias-primas e componentes do processo produtivo das empresas, bem como sobre a venda para o exterior do produto industrializado, estão derrogadas pelo art. 41 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia surgiu, há algum tempo, quando as autoridades fazendárias proclamaram estarem as empresas impedidas da utilização dos créditos decorrentes dos estímulos fiscais pertinentes ao IPI, a pretexto de que estariam extintos com a promulgação da Carta da República.

O nosso entendimento é que o denominado *crédito-prêmio* do IPI continua vigente, já que não alcançado pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 41).

Para sustentar tal afirmação, haveremos de, mediante a utilização de métodos de interpretação, aferir qual o *sentido* e a *compreensão* do preceito constitucional questionado.

1. Observe-se, aprioristicamente, que, até mesmo numa exegese meramente *gramatical*, o texto do dispositivo do ADCT não se reporta às atividades de *exportação* (ou ao crédito-prêmio do imposto decorrente da exportação), que têm objetivos diversos dos tributos, em geral.

Com efeito, *setorial*, termo consagrado no ADCT (art. 41) se refere a *setor*, no sentido de *região, zona, distrito, seção, circunscrição, província*. *Setorial* tem, assim, um sentido *constritivo, de limitação, de parte de um todo*. É a *antítese* de *geral, total, universal*, que condiz com a idéia da *totalidade*, de conceito que envolve a *todos* (em relação às pessoas, concerne a todos os indivíduos de uma sociedade, de uma nação).

Assim concebido o sentido do termo *setorial*, a conclusão lógica é a de que o dispositivo do art. 41 do ADCT *não se aplica aos impostos extrafiscais* e, dentre eles, o de *exportação* (e aos créditos dele decorrentes), cuja *função* é de natureza político-social e econômica, além de reguladora da intervenção do Estado na distribuição de renda e do patrimônio nacional.

A tributação (pela via do imposto de exportação) acha-se ligada à concepção social e política do Estado. Através de seu poder fiscal, ensinam os tributaristas, “o Estado intervém no controle da economia e do meio social, passando o imposto (de exportação) a possuir, ao lado da função fiscal, uma outra *extrafiscal* (o imposto é visto como instrumento de intervenção ou regulação pública, de dirigismo estatal)... Enquanto os impostos fiscais se esgotam num campo relativamente estreito — obter receita para o gasto público — os impostos *extrafiscais* possuem outros fins, podendo abranger os de política econômica e social, ou de política administrativa, de política demográfica, de política sanitária, de política cultural. Esta evolução moderna das finanças de ordenamento data desde fins da Primeira Guerra Mundial, tendo alcançado pleno êxito nos diversos campos, notadamente nos setores econômicos (efeitos sobre a *economia nacional*, enquanto favorece ou prejudica a sua produtividade; sobre formação de preços; proteção de artigos nacionais, nos impostos sobre comércio exterior; desencorajar a entrada no País de bens supérfluos; cultivar as terras, no imposto territorial; estimular setores da indústria etc); sociais (restringir o uso do álcool, a compra de objetos de luxo e a proliferação dos jogos de azar; desestimular o consumo supérfluo; favorecer a natalidade ou a expansão da família; edificar áreas de terrenos improdutivos) e políticos (suprimir ou atenuar desigualdades sociais, promovendo uma distribuição mais equitativa das riquezas; compensar desigualdades individuais etc)” (conf. **Bernardo Ribeiro de Moraes**, “Compendio de Direito Tributário”, pp. 442/443).

**Hugo de Brito Machado** ladeia os demais doutrinadores com igual entendimento:

“O imposto de exportação tem função predominantemente *extrafiscal*. Presta-se mais como instrumento de política econômica do que como fonte de recursos financeiros para o Estado. Por isso é que a ele não se aplica o princípio da anterioridade da lei em relação ao exercício financeiro de cobrança (art. 150, § 1<sup>o</sup>), e o princípio da legalidade se mostra atingido pela possibilidade de alterações de alíquotas, dentro



dos limites legais, pelo Poder Executivo (art. 153, § 1º). Até a indicação dos produtos sujeitos aos impostos é feita por órgão do Poder Executivo (Decreto-Lei n. 1.578/1977, art. 1º, § 2º). Em face de sua função intimamente ligada à *política econômica* relacionada com o comércio internacional, o CTN determinou que a receita líquida desse imposto destinasse à formação de *reservas monetárias* (art. 28).

A Lei n. 5.072/1966 indica expressamente que o imposto de exportação é de caráter exclusivamente monetário e cambial e tem por finalidade disciplinar os efeitos monetários decorrentes da variação de preços no exterior e preservar as receitas de exportação” (“Curso de Direito Tributário”, p. 214).

De fato, “o imposto de exportação é tributo impregnado de *extrafiscalidade*, já constitucional. Esse imposto se destina à formação de reservas monetárias ou de capital, para financiamento de programas de desenvolvimento econômico, que fica à escolha do poder tributante. Que finalidade poderão ter essas reservas? Sem dúvida, inúmeras. Enumeremos algumas: formação de recursos que proporcionem ao exportador além da não-incidência do imposto aqui estudado e dos favorecimentos do *drawback*, *também prêmios monetários que o habilitem a concorrer com maiores possibilidades na comercialização internacional*; recursos que sejam utilizados para o desenvolvimento da produção de artigos que possam servir à demanda de similar estrangeiro, no território nacional; financiamento ao exportador brasileiro; melhoria dos portos ou da frota mercante nacional.

Por sua vez, as reservas monetárias têm as seguintes destinações, em face do disposto na Lei n. 5.072/1966: reforçar os recursos do Fundo de Estabilização da receita cambial e servir de recursos para reparar as variações acidentais no mercado cambial” (conf. **Fábio Fanucchi**, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, vol. I, pp. 36/37).

Por isso mesmo, o imposto de exportação é considerado como tributo *regulatório* (ao lado do imposto de importação e do IOF), com o que as relações comerciais externas, as operações de câmbio e concernentes à política monetária ficam sob controle do Executivo, pois esse imposto é gerido pela União, como guardião do equilíbrio político-financeiro e econômico da Federação. Os impostos regulatórios, todavia, no mais das vezes, objetivam menos a arrecadação e mais a instrumentalização de mecanismos para evitar distorções nas relações comerciais, monetárias e cambiais, que poderiam

afetar o comércio interno e externo” (**Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins**, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. VI, Tomo I, pp. 234/235).

2. A dissertação sobre os impostos regulatórios, até aqui, quando, no caso em estudo, se cuida de crédito-prêmio do IPI, é que este (crédito-prêmio) é concedido às *empresas exportadoras* e sob a denominação de *incentivo fiscal*, incide sobre vendas (de produtos) para o exterior (Decreto-Lei n. 491/1969, arts. 1<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup>).

Por esta razão mesma, malgrado tratar-se de espécie de compensação com tributo diverso, o objetivo (do crédito-prêmio) é o de *proteger a economia do País*, como *um todo* (estimulando as exportações). Esta é a motivação pela qual os tributaristas estadeiam que, “se o imposto de exportação é *eminentemente extrafiscal*, os *incentivos fiscais* que resultarem da *atividade de exportação* têm, indiscutivelmente, a marca da *extrafiscalidade*, e tal qual os impostos regulatórios se erigem em instrumento de *política econômica e social do Estado*”.

A lógica jurídica impõe a conclusão de que o *incentivo* de que cuida a legislação em comento — Decreto-Lei n. 491/1969 (com as alterações subsequentes) — não foi alcançado pela dicção do art. 41 do ADCT. É este o entendimento da jurisprudência:

“Parece evidente que o constituinte, nas disposições transitória: (art. 41), como deveria fazê-lo, tratou de eliminar as desigualdades de tratamento de alguns setores da economia, em especial no que diz respeito ao aspecto regional. Buscou-se estabelecer a uniformidade na solução tributária.

Isso não se aplica às atividades de exportação. O imposto sobre exportação é marcadamente *extrafiscal*. Sempre o foi. E os incentivos nessa área da economia, visam proteger a economia do País, e não a algum setor da mesma” (Ac. un. do TRF da 4<sup>a</sup> Região, na Ap. Cível n. 95.04.04278-3/PR).

A mesma linha de raciocínio inspirou *decisório* do Supremo Tribunal Federal, em hipótese semelhante, no julgamento do AgRg no RE de n. 223.427/PR. Na hipótese examinada pela Suprema Corte, tratava-se de Lei Municipal “instituído incentivo para reduzir os custos das obras públicas. A excelsa Corte entendeu “que se não tratava de *incentivo fiscal de nature:*

setorial e por isso não alcançado pela regra do art. 41 do ADCT, eis que a *isenção abrangia todo o território do Município*”.

O acórdão do STF está encimado da ementa a seguir:

“Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. Obras públicas. Redução do custo mediante isenção de imposto. Lei Municipal de n. 6.202/1980. Incidência do disposto no art. 41 do ADCT – CF/1988. Alegação Improcedente.

Art. 41 do ADCT – CF/1988. Incentivos fiscais de natureza setorial destinados a promover a expansão econômica de determinada região ou setores de atividade. Necessidade de edição de norma ratificadora no prazo previsto na Constituição Federal.

Isenção de tributos no âmbito municipal, com o objetivo de reduzir os custos das obras públicas. Lei n. 6.202/1980. Matéria que não está abrangida pela provisão contida na norma constitucional transitória, por não se tratar de incentivo fiscal de natureza setorial.

Agravo regimental não provido”.

E no contexto do voto condutor, ficou esclarecido:

“Tratando-se de hipótese de isenção que abrange todo o território e que tem por objetivo reduzir o custo das obras públicas, seria inaplicável à espécie o art. 41 do ADCT – CF/1988, que se refere aos incentivos fiscais de natureza setorial destinados a provocar a expansão econômica de determinada região ou setores de atividade” (DJ de 17.11.2000, Ementário n. 2.012-2).

3. Busquemos, agora, numa interpretação teleológica e sistemática, o sentido do preceito do art. 41 do ADCT.

Constitui regra de hermenêutica, que se não pode interpretar um dispositivo da Constituição (ou de lei), tomando-o isoladamente, desarticulando-o do conjunto ou do sistema jurídico-constitucional a que está jungido. A real aceção do preceito em causa será aferida em harmonia com outros também da Constituição Federal. Examinemos o art. 41 do ADCT segundo a ordem e relação com o artigo anterior e o que se lhe segue, assim como a sucessão de idéias em virtude das quais foi redigido.

É necessário frisar, ainda, que se trata, **in casu**, de norma inserida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de *finalidade específica*.

Feitas essas observações, tragamos à tona **a priori** o que ficou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança de n. 1.328/DF:

“Dentre os elementos das Constituições modernas, se encontram aqueles denominados de formais de aplicabilidade, que se consubstanciam entre as normas que estatuem regras de aplicação das Constituições (normas permanentes), assim como o *Preâmbulo*, o dispositivo que contém as *cláusulas de promulgação* e as *Disposições Constitucionais Transitórias* que têm a primazia de reger a vigência e, até, o período de eficácia de preceitos da Constituição, possuem, por definição e natureza, vida efêmera, porquanto, tão logo produzam os seus efeitos, elas se exaurem no tempo, passando a constituir letra morta no contexto da Lei Maior.

Mas essas regras, *transitórias* que são, com vigência geralmente vinculada a certo trato de tempo ou a uma condição resolutiva, ainda que vigentes por um dia sequer, produzem efeitos concretos, já que a sua *função precípua é a de disciplinar ou reger a aplicação de outros dispositivos inseridos no corpo permanente da Carta Política.*” (Mandado de Segurança n. 1.328/DF e Recurso Especial de n. 52.132-7, Relator (de ambos) Ministro Demócrito Reinaldo — Rev. do STJ, vol. 46, p. 48).

Pois bem, o art. 41 do ADCT está em íntima correlação com o art. 43 do Texto Permanente da Constituição Federal, e aquele (art. 41) parece ter sido editado para reger ou disciplinar a aplicação deste (art. 43); no dizente às questões tributárias; aferir-se o alcance e o sentido de ambas exige uma interpretação integrativa. Transcrevamos, para melhor análise, ambos os preceitos constitucionais:

“Art. 41 do ADCT – Os poderes Executivos da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1<sup>o</sup> Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei”

“Art. 43 do CF 1988 — Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando seu desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais.

§ 1<sup>ª</sup> Lei Complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes”.

Os enunciados acima transcritos — do ADCT e do Texto Permanente — estão em conexão indesejável, significando que os “*incentivos fiscais de natureza setorial*” a que se reporta o preceito (art. 41 do ADCT) são aqueles destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as *diversas regiões* do País (art. 151, I, **in fine**). Entendimento contrário importaria em conferir-se à expressão “incentivos fiscais de natureza setorial” sentido diverso daquele preconizado na própria Constituição.

A **ratio** do art. 41 está em que, a Carta Política, no seu art. 43, § 1<sup>ª</sup>, determina “que Lei Complementar estabelecerá as condições para o desenvolvimento e integração das *regiões* e disciplinará a instituição dos incentivos fiscais (§ 2<sup>ª</sup>) com a devida homogeneidade”. Desse mandamento constitucional resulta “que a reinstituição dos incentivos deve ser calcada nos princípios da nova ordem consignada na Lei Complementar”.

Demais disso, quando o legislador constituinte pretendeu referir-se a incentivos outros, “que não aqueles destinados a promover o equilíbrio socioeconômico entre as *regiões*”, o fez expressamente, consoante a norma inscrita no § 3<sup>ª</sup> do art. 41 do ADCT, assim concebida:

“Art. 41...

§ 3<sup>ª</sup> Os incentivos concedidos por convênio entre os Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6<sup>ª</sup>, da Constituição de 1967, com redação da Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo”.

Assim, se a Constituição aludisse, no comentado art. 41 do ADCT, aos incentivos visando ao desenvolvimento de certas áreas ou segmentos restritos da atividade econômica (ou aos *incentivos* de qualquer *natureza*), o § 3<sup>ª</sup>, transcrito, seria mera superfetação, redundância inútil, anódina, dispensável, enfim.

Não foi sem razão, outrossim, a circunstância de que, antes mesmo de ordenar a confirmação (através de legislação própria) dos incentivos — pena de serem tidos como revogados, ter o constituinte preservado os pertinentes

à Zona Franca de Manaus, de forma explícita, privilegiando, também, as regiões Centro-Oeste e Nordeste. A evidência de que o art. 41 condiz com os *incentivos regionais* está na sua correlação de conexidade com os artigos *antecedente e subsequente* e que estão assim redigidos:

“Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição”.

“Art. 42. Durante quinze anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação:

I - vinte por cento na região Centro-Oeste;

II - cinquenta por cento na região Nordeste”.

Os arts. 40, 41 e 42 (seus parágrafos e incisos) formam como que uma *seção*, na qual são disciplinadas especificamente questões tributárias dizentes às regiões administrativas em que se divide o País, numa indiscutível integração com o art. 43 do Texto Constitucional, em conjunto coordenado e organizado, a sinalizar que o desiderato do legislador, ao impor a *reavaliação*, aludiu aos incentivos *regionais*. Tanto é assim que, **J. Cretella Júnior**, ao comentar o art. 41 do ADCT, conjugando-o com o art. 43, desvela a estreita correlação entre eles, ao escrever:

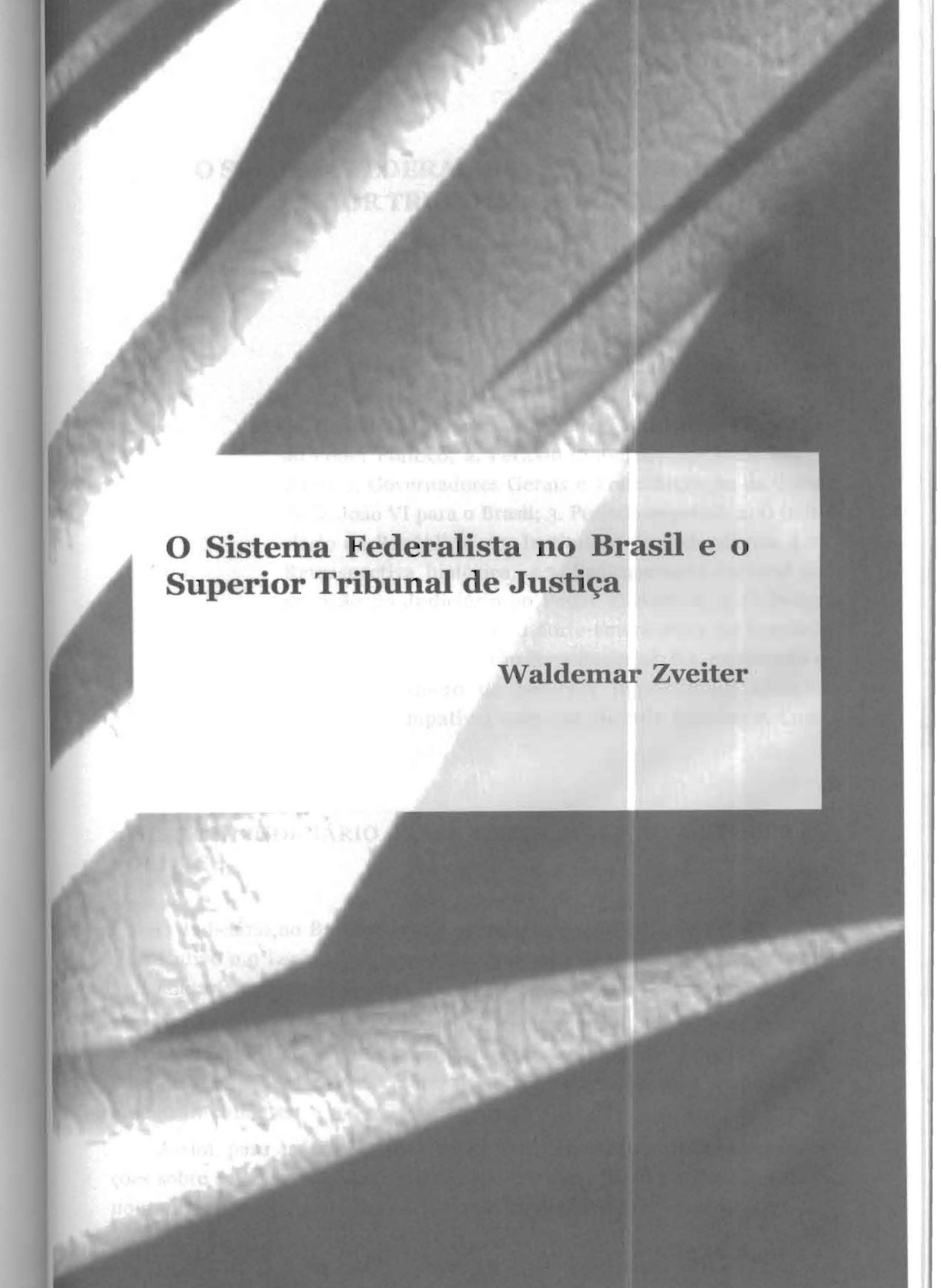
“Reavaliação dos incentivos fiscais setoriais. Quebra-se aqui, pela primeira vez, no Direito Constitucional brasileiro, o princípio da uniformidade do imposto em todo o território nacional, tendo o legislador constituinte invocado, para tanto, a outorga de incentivos fiscais, destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento econômico entre as diferentes regiões do País. Não contente com a regra jurídica constitucional do texto da estrutura da Carta Política, a regra é literada com outro dispositivo inserto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 40: ‘É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição’. O parágrafo único do art. 40, o art. 41, **caput** e seus três parágrafos, completam a regra jurídica que ordena a distinção ou preferência da Zona Franca de Manaus, em detrimento de outros pontos do País... O art. 43, § 2º, III, da Constituição de 1988, preceitua que lei complementar disporá sobre os incentivos regionais que com

prenderão, além de outros, na forma da lei, isenções, reduções ou diferenciamento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas, visando ao desenvolvimento e à redução de desigualdades regionais, para efeitos administrativos, em um mesmo complexo geoeconômico e social, conforme mostramos no vol. V destes comentários, p. 2.469” (“Comentários à Constituição de 1988”, vol. IX, pp. 4.884/4.885).

## CONCLUSÃO

4. De todo o exposto, a conclusão irretorquível é a de que, o art. 41 do ADCT não condiz com o imposto de exportação, que tem função predominantemente *extrafiscal* e constitui instrumento de política econômico-social no âmbito nacional, nem com os *incentivos fiscais* dessa área de atividades (exportação), cuja *natureza jurídica* é igual à dos *tributos regulatórios*. O estímulo à exportação — pela via dos *incentivos fiscais* — gera rendas, reduz as diferenças de níveis de pobreza dentro do País e minimiza a dependência crônica brasileira em relação ao capital externo, além de produzir receitas indispensáveis à retomada dos investimentos e do crescimento sustentado. Com um objetivo deveras dilargante e abrangente, não se pode vislumbrar que o incentivo fiscal preconizado pelo Decreto-Lei n. 491/1969, com as alterações (e ratificações) posteriores, tenha sido derogado.

5. Quando assim não fosse, torrencial jurisprudência do STF e do STJ, consolidada muito depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, tem proclamado o direito às Empresas Exportadoras ao crédito-prêmio (Decreto-Lei n. 491/1969): RE n. 186.623-3/RS, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.1998; RE n. 180.828-4/RS, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.1998; RE n. 116.858-7, Primeira Turma, julgado em 02.11.1988 — DJ de 18.11.1988 — Ementário n. 1.524-3); REsp n. 2.957/DF, julgado em 05.09.1990; REsp n. 46.125/DF, julgado em 05.12.1994; AR no Ag Inst n. 292.647/DF, julgado em 05.09.2000; REsp n. 49.081/DF, julgado em 12.08.1997 — RSTJ vol. 103; REsp n. 237.716/DF, julgado em 22.08.2000; REsp n. 49.081/DF, julgado em 22.05.1997; REsps ns. 47.056/DF, 70.520/DF, 48.701/DF, DJ de 26.05.1997; 40.365/DF, DJ de 20.11.1994, dentre outros.



**O Sistema Federalista no Brasil e o  
Superior Tribunal de Justiça**

**Waldemar Zveiter**



# **O SISTEMA FEDERALISTA NO BRASIL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Waldemar Zveiter**

Ex-Ministro do STJ

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

**SUMÁRIO:** 1. Sistema Judiciário Brasileiro – Sujeição ao Poder Político; 2. Período Colonial, Capitânias Hereditárias, Governadores Gerais e Transmigração da Corte de D. João VI para o Brasil; 3. Período imperial; 4. O judiciário na República, 4.1. Instituição do Federalismo, 4.2. Retrospectiva histórica, 4.3. Sedimentação cultural de sujeição do Judiciário ao Poder Executivo; 5. O Poder Judiciário no federalismo norte-americano e no brasileiro; 6. o STJ e sua função constitucional; 6.1. extremado e crescente número de recursos impossibilita atuação judicante compatível com sua elevada função; 7. Conclusão.

## **1. SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO – SUJEIÇÃO AO PODER POLÍTICO**

O Judiciário no Brasil somente constituiu-se em Poder de Estado, como o Executivo e o Legislativo, com a Proclamação da República quando promulgada a Constituição de 1891.

Até então embora compondo um sistema judicial, sujeitou-se, sempre, ao Poder Político que detinha competência para nomeação de seus juízes, e para dizer, em “instância derradeira” o direito do reclamante, como se demonstrará adiante.

Assim, para análise do tema, tenho que necessário algumas considerações sobre como formou-se o Sistema Judiciário no Brasil até quando culminou afirmando-se como um dos Poderes institucionais do Estado.

## 2. PERÍODO COLONIAL; CAPITANIAS HEREDITÁRIAS; GOVERNADORES-GERAIS E TRANSMIGRAÇÃO DA CORTE DE D. JOÃO VI PARA O BRASIL

Anotou em excelente monografia o então Juiz de Direito no Paraná, **José Maurício Pinto de Almeida**<sup>1</sup>, que o Período Colonial Brasileiro compreendeu três diferentes fases: a das capitanias hereditárias, a dos governadores-gerais e a da transmigração da Corte de D. João VI, em 1808.

A primeira fase — a do regime de capitanias — consistiu na divisão do território brasileiro em lotes, doados a “capitães donatários” os quais gozavam de importantes privilégios e proventos, com delegação de exercer parte dos atributos do poder real. D. João III dividiu o Brasil em doze capitanias, entregando-as a doze capitães, a título perpétuo e hereditário.

A “carta de doação” foi o documento pelo qual o Rei fez concessão da terra aos capitães. Os “forais” completavam essas cartas, fixando os direitos, foros, tributos e coisas que, na respectiva terra, se haviam de pagar ao Rei e ao donatário, bem assim a jurisdição civil e criminal destes, que abrangia, inclusive, a aplicação das penas de morte e de degredo.<sup>2</sup>

A administração da Justiça — de característica feudal — “fazia-se por intermédio de juizes ordinários, almotacés, vereadores e outros funcionários, todos nomeados pelo donatário, competindo à autoridade pessoal deste o reexame das decisões em grau de recurso”<sup>3</sup>. Somente nas causas cíveis de valor superior a cem mil réis, era admitido o direito de apelação aos tribunais da Corte.

Na segunda fase do período colonial — a das governadorias gerais —, a organização judiciária brasileira foi regulada pelas Ordenações Filipinas. A primeira instância era composta de ouvidores-gerais, corregedores, ouvidores de comarca, provedores, juizes de fora, juizes ordinários, juizes de vintena, juizes de órfãos, almotacés, alcaldes e vereadores, auxiliados por escrivães, inquiridores e meirinhos, alguns nomeados e outros eleitos pelos “homens bons” do povo<sup>4</sup>. Como órgãos de segunda instância, foram instalados dois

<sup>1</sup> ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **O Poder Judiciário brasileiro e sua organização**. Curitiba: Tema, 1992.

<sup>2</sup> “Podiam condenar à morte os escravos, peões e homens livres, mas os nobres apenas a degredo, e, assim mesmo, se o crime fosse de traição ou heresia” — TAPAJÓS, Vicente. **In Manual de História do Brasil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Elos, p. 51-52.

<sup>3</sup> MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977. p. 283-284.

<sup>4</sup> Conforme Nequete, até 1807, a Justiça no Brasil, embora se confundisse com funções administrativas e policiais, era distribuída por dois Tribunais de Relação (o da Bahia e o do Rio de Janeiro),

Tribunais de Relação – no Rio de Janeiro e na Bahia. Para as causas acima de um conto e duzentos mil réis, admitiam-se recursos para o *Desembargo do Paço de Lisboa*, e, em face do crescimento da Colônia, foram criadas as *Juntas das Capitâneas*, que funcionavam “como tribunais irrecorríveis no julgamento dos crimes contra a paz pública.”<sup>5</sup>

A terceira fase do período colonial teve como marco inicial a mudança da Corte de D. João VI para o Brasil — em 1808 —, que foi elevado à categoria de Reino Unido ao de Portugal e Algarves. Nesse período, foram criados mais dois Tribunais de Relação, um no Maranhão e outro em Pernambuco, instalando-se, ainda, o Supremo Conselho Militar e de Justiça, Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, Intendência Geral de Polícia e Juizados privativos. O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro passou a se chamar *Supremo Tribunal de Justiça*, tendo sido equiparado à Casa de Suplicação de Lisboa.

### 3. PERÍODO IMPERIAL

O período imperial teve início com a Constituição de 25 de março de 1824, que assim dispôs sobre os órgãos do Poder Judiciário:

I. “Art. 151. O Poder Judiciário é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem”;

II. “Art. 152. Os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a lei”;

III. “Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antigüidades, e serão condecorados com o título de Conselheiros. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir”;

IV. “Art. 164. A este tribunal compete:

---

corregedores, chanceréis, provedores e contadores de comarca, juízes ordinários, de órfãos, de fora e de vintena, vereadores e almotacés, sendo auxiliados por outros funcionários, entre eles inquiridores, meirinhos e escrivães. In NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil*, v. 1, p. 07, apud NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 247.

<sup>5</sup> MALUF, op. cit., p. 284.

1<sup>o</sup> - conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar;

2<sup>o</sup> - conhecer os delitos e erros de ofícios que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados do corpo diplomático e os presidentes das províncias;

3<sup>o</sup> - conhecer e decidir sobre conflitos de jurisdição”.

Eram poderes do Estado o Executivo, o Legislativo, o *Judicial* e o *Moderador*, e, apesar de a Constituição Imperial, em seu art. 151, ter assegurado *independência* ao Poder Judiciário, outros dispositivos da mesma lei fundamental deixavam patente que *tal atributo era relativo*.

Estabelecia o art. 153 que os juizes de direito seriam “perpétuos”, ressaltando, porém: “o que, todavia, se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar”.

No art. 154, deixava-se mais claro ainda que o *Judiciário era instituição sujeita ao alvedrio do Poder Moderador*: “O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles (juizes) feitas, procedendo audiência dos mesmos juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado ...”.

A organização do Poder Judicial era, então, a seguinte — com esteio nos artigos da Constituição de 1824:

- a) um Supremo Tribunal de Justiça na Capital do Império;
- b) Tribunais de Relação nas províncias;
- c) Juizes de Direito;
- d) Juizes de Paz; e
- e) Júri Popular.

Os juizes de Paz correspondiam aos Juizes de Vintena, eleitos concomitantemente aos vereadores das câmaras, com a precípua atribuição de “órgão de conciliação”.

No que tange à origem da magistratura, explica **Pinto Ferreira**: “o Imperador nomeava a justiça togada entre as pessoas habilitadas; a justiça de paz e de fato era eletiva, o júri era escolhido por sorteio”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> PODER JUDICIÁRIO. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 59. p. 127.

#### 4. O JUDICIÁRIO NA REPÚBLICA

4.1. Instituição do Federalismo, 4.2. Retrospectiva histórica, 4.3. Sedimentação cultural da sujeição do Judiciário ao Poder Executivo.

##### 4.1. INSTITUIÇÃO DO FEDERALISMO

Sob a influência das idéias liberais provenientes da América do Norte, proclamou-se a República em 15 de novembro de 1889, com a instituição do sistema federativo. Ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário tornou-se um soberano poder na República, conforme previa o art. 15 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário do que ocorria na Monarquia, em que o “Poder Judicial” era controlado pelo Imperador. A nova Carta Política adotou o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, e aboliu o contencioso administrativo; o **habeas corpus** adquiriu a respeitabilidade de remédio de Direito Constitucional.

A instituição do Sistema Federativo no País, não decorreu de solução artificial e desagregativa de marcha da unidade para o fracionamento. Ao contrário, como afirmado por **Sampaio Doria** (“Curso de Direito Constitucional”, II/77) citado pelo Desembargador **Acácio Rebouças**<sup>7</sup> “ele foi o cimento da integralidade da Pátria” porque resultado do espírito autonomista que esteve sempre presente em todas as lutas mantidas desde a divisão do território em Capitania.

##### 4.2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA

As capitanias constituíram-se, prossegue, na primeira administração, em doze capitanias hereditárias sem intervinculação, onde os donatários, senhores absolutos sobre pessoas e coisa, só se subordinavam a uma longínqua e inacessível metrópole. Registra **Mattoso** (“História da Civilização”, II, 305): que as capitanias eram independentes umas das outras. A metrópole reservava para si apenas o quinto dos metais e pedras preciosas, o monopó-

---

7 REBOUÇAS, Acácio. A reforma do Judiciário e o Estado Federativo Brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**: jurisprudência e instruções. N. 43, p. 13-15, 1978.

lio do pau-brasil e de certas drogas, bem como a cunhagem da moeda. Os donatários, por sua vez, deviam colonizar e defender as capitanias com os seus recursos próprios. Governavam soberanamente, administravam a justiça, podiam cativar o gentio para o seu serviço.

O governo geral, posto na Bahia em 1549, aproximou o poder central, sem afetar o **status** dos donatários: introduz-se “um elemento unitário na organização colonial, coexistente com as capitanias diversificadas”, diz **José Afonso da Silva** (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, I/29); e prossegue: “O Sistema unitário, inaugurado com Tomé de Sousa, rompe-se em 1572, instituindo-se o duplo governo da colônia, que retoma a unidade cinco anos depois. Em 1621, é a colônia dividida em dois Estados: o Estado do Brasil, compreendendo todas as capitanias que se estendiam desde o Rio Grande do Norte até São Vicente, ao sul; e o Estado do Maranhão, abarcando as capitanias, do Ceará até o extremo norte. Sob o impulso de fatores e interesses econômicos, sociais e geográficos, esses dois Estados fragmentam-se, e surgem novos centros autônomos, subordinados a poderes político-administrativos regionais e locais efetivos. As próprias capitanias se subdividem, tangidas por novos interesses econômicos, que se vão formando na evolução colonial. Assim, por exemplo, Piauí erige-se em capitania independente do Maranhão; Minas destaca-se de São Paulo; Rio Grande do Sul torna-se capitania etc.

Enfim, o governo geral divide-se em governos regionais (Estado do Maranhão e Estado do Brasil), e estes em várias capitanias gerais, subordinando capitanias secundárias que, por sua vez, pouco a pouco, também se libertam das suas metrópoles, erigindo-se em capitanias autônomas.

Cada capitania divide-se em comarcas.

Citando **Oliveira Vianna**, continua (“Evolução do Povo Brasileiro”): “Estes centros de autoridade local, subordinados, em tese, ao governo geral da capitania, acabam, porém, tornando-se praticamente autônomos, perfeitamente independentes do poder central, encarnado na alta autoridade do capitão-geral. Formam-se governículos locais, representados pela autoridade toda-poderosa dos capitães-mores das aldeias; os próprios caudilhos locais insulados nos seus latifúndios, nas solidões dos altos sertões, eximem-se, pela sua mesma inacessibilidade, à pressão disciplinar da autoridade pública; e se fazem centros de autoridade efetiva, monopolizando a autoridade política, autoridade judiciária e a autoridade militar dos poderes constituídos.”

Essa realidade, marcante da organização social e política do Brasil-colônia, conduz o autor a conclusões óbvias, que expressa: “Nesse sumário, já se vê delinear a estrutura formal do Estado brasileiro, que iria constituir-se com a proclamação da independência. Especialmente, na dispersão do poder político durante a colônia e a formação de centros efetivos de poder locais, se encontram os fatores reais do poder, que darão a característica básica da organização política do Brasil, na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda não de todo desaparecida.”

Vê-se, pois, que o fracionamento do poder político, autônomo em cada região, ou zona de interesses próprios, impulsionando a divisão territorial que plasmou a imagem ainda à vista no mapa da República, não foi criação arbitrária de sonhadores, ou imitadores de exemplos estrangeiros, quando da Proclamação. É fenômeno social, de profundas raízes na História, que a República simplesmente captou e jurisdicionizou, sob a égide do Estado Federativo.

Certa, assim, a observação de **Levi Carneiro**, de que o federalismo, latente na alma nacional, parecia decorrer das próprias condicionantes geográficas, colocadas em relevo, de maneira até lírica, no Manifesto liberal de 1870 (**in** Revista de Direito Público, 32/1971): “No Brasil, antes da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários, as produções diferentes, as cordilheiras e as águas, estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície do nosso território. Foi a necessidade que demonstrou, desde a origem, a eficácia do grande princípio que, embalde, a força compressora do regime centralizador tem procurado contrafazer e destruir.”

Alemanha, Suíça, Estados Unidos, México, Venezuela, Argentina eis tantos exemplos de federações sem risco de desagregação. No Brasil, essa solução, vigorosamente reclamada, era inevitável. Por ignorá-la, a Monarquia, unitária e centralizadora, lutou sempre com os inconformismos da tradição autonomista. A confederação do Equador lançou manifesto, lembrando a experiência norte-americana, perfeitamente válida, porque, “como os Estados Unidos, é o Brasil país vastíssimo, onde só a autonomia das direções locais torna possíveis os governos eficazes, de ação pronta e segura, conheci-

mento do meio e familiaridade com os problemas políticos e administrativos” (**Carlos Maximiliano, loc. cit.**, p. 21). Os liberais se insurgiram contra a Constituição outorgada, e procuraram trazer o regime federativo no Projeto de 1831. O Ato Adicional (1834) aproximou-se, pela via oblíqua da descentralização; mas esta, simples concessão da Coroa, logo se viu esvaziada pela Lei de Interpretação (1840). Movimentos como as Balaiadas, as Cabanadas, as Sabinadas, e a República de Piratini, foram explosões marcantes do espírito autonomista, no Maranhão, em Pernambuco, na Bahia, no Rio Grande do Sul.

Com a República, a Federação triunfou. Como antes referido, implantou-a o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889: art. 1<sup>ª</sup> Fica proclamada provisoriamente, e decretada como forma de governo da Nação Brasileira, a República Federativa. Art. 2<sup>ª</sup> As províncias do Brasil, reunidas pelos laços da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil. Art. 3<sup>ª</sup> Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará, oportunamente, a sua Constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.

#### **4.3 SEDIMENTAÇÃO CULTURAL DA SUJEIÇÃO DO JUDICIÁRIO AO PODER EXECUTIVO**

A República Federativa manteve-se, desde então, como cláusula pétrea nas sucessivas Constituições, consagrando a autonomia dos Estados (1891 - 1926-1934-1937-1946-1967-1969-1988).

Anote-se contudo que desde os tempos da Colônia até a República o Judiciário sofreu ingerência predominante do Executivo, ao qual, cabia não apenas a nomeação de seus integrantes, como, nas hipóteses previstas, dizer, em derradeira instância, sobre “o justo”.

Assim, culturalmente a sedimentação da nacionalidade firmou-se sob a égide de que o poder, em verdade, emanava de quem detinha a administração pública, do Executivo, nas diversas esferas em que se dividia.

Não bastou conceituar o Judiciário como um dos Poderes da Nação, declarada constitucionalmente como República Federativa, para modificar o **status** antes sedimentado ao longo de séculos, o qual, de tal modo arraigado na formação da coletividade nacional, não por outra razão, como se observa, no curso da República, embora episódicas, não foram poucas as investidas



do Poder Central, quando contrariado em sua vontade e no rumo que pretendia, contra as autonomias consagradas na Carta Magna, as quais não comportam exame e nem sobrelevam apreciadas ao escopo desta exposição, sendo certo, contudo, que apesar delas, mantém-se consagrado em nossa estrutura jurídica o Princípio da Federação.

Bem ou mal, tal princípio tem sido observado e exercido no que concerne aos demais Poderes em que se estrutura, tais os poderes Legislativos e Executivo, nas três esferas da Nação, municipal, estadual e federal, tanto não ocorrendo, todavia, no que diz com o Poder Judiciário.

Quanto a este, Judiciário, desde quando instituído como Poder da República, a questão tem motivado acentuada divergência entre doutos, sociólogos e juristas.

Do excelente estudo publicado pelo Professor **Alcino Salazar**<sup>8</sup>, no qual estabelece bases para reorganização do Poder Judiciário, discorrendo quanto às discussões travadas sobre o sistema *dual* do Judiciário decorrente do advento da República, antagônico ao da unidade existente na Justiça do Império, extrai-se no que interessa a presente exposição, a permanente preocupação, desde sempre existente na sedimentação de nossa cultura (fincada nos períodos colonial e imperial), com a hegemonia e ingerência do poder político exercido pelo Executivo na organização do Judiciário e, via de consequências, na atuação jurisdicional dos juízes.

Assevera, em certa passagem, o eminente professor que: “Outro grande jurisconsulto, também citado, **Anfilóbio de Carvalho**, que foi também Ministro do Supremo Tribunal, alinhou-se entre os adversários do questionado princípio das duas Justças paralelas.

Penetrando o âmago da questão e desvendando o verdadeiro motivo do sistema da dualidade, esclareceu **Amaro Cavalcânti**:

“Além dos embaraços e dificuldades, umas originadas da incerteza da competência ou dos conflitos das duas jurisdições, federal e estadual e, outras, das legislações estaduais sobre a organização da Justiça e do processo, incongruentes, encontradas, referentes, aliás, a assuntos idênticos ou semelhantes, vê-se ainda que a intrusão do sistema político tem, por demais, desvirtuado a administração da Justiça na maioria dos Estados. Alguns há, em que se tem mesmo pretendido reduzi-la a mero instrumento da política dominante, e a nada mais que isso!”

---

<sup>8</sup> SALAZAR, Alcino. **Poder Judiciário nas bases para reorganização**. Rio de Janeiro: Forense: 1975. p. 68.

Mais adiante acentua<sup>9</sup>, citando ponto de vista, em histórico, debate mantido por **Oliveira Viana**, do qual destaca-se a propalada ingerência do Poder Executivo no Judiciário a dizer: “Porque o essencial para o caso não é dar à União os tribunais instalados nas capitais, sempre policiadas e cultas, onde há a ação da grande imprensa e a opinião pública é uma força ponderável; o que é essencial, é justamente o contrário disso, é amparar a magistratura que jurisdiciona no interior, fora da pequena área limitada das capitais, a magistratura dos campos e dos sertões, que defronta e luta, face a face, com o arbítrio e a força descontrolada dos potentados locais. É a estes magistrados que a União deve acudir, tomando-os à sua conta e pondo-os sob a sua proteção.”

Ainda sobre o tema assevera<sup>10</sup>: “Nessa mesma oportunidade se manifestou, em entrevista à imprensa, que repercutiu nos debates da Subcomissão, o grande jurisconsulto **Clóvis Beviláqua**.

Eis como exprimiu seu pensamento autorizado e isento:

“A Federação pode ser organizada diferentemente, segundo as disposições especiais de cada povo, do ponto de vista da sua psicologia, de sua História, da sua população, do meio cósmico onde se estabelece. Substancialmente, ela não exige para os Estados particulares, nem a competência para legislar sobre matérias de Direito substantivo, nem sobre a organização da magistratura, que tem de aplicar aos casos ocorrentes o Direito nacional.

Além de me parecer que a unidade do Direito, vínculo poderoso para fortalecer a unidade nacional, exige a unidade de órgãos que têm por função declarar o Direito, na colisão dos sistemas se defenderá melhor a magistratura da influência da política local, que tantas vezes se tem manifestado funesta à pureza do Direito e à integridade dos juízes.

O essencial é que os magistrados sejam órgãos da União, cercados de todas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, vencimentos côngruos para lhes assegurar a independência e a dignidade moral e social correspondente à importância da sua função” (Trabalhos, **cits.**, pp. 343/344).

---

<sup>9</sup> **id.**, p. 78-81.

<sup>10</sup> **Ibid.**, p. 85-86.

## 5. O PODER JUDICIÁRIO NO FEDERALISMO NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Como quer que seja a dualidade do sistema que rege o Poder Judiciário no molde definido pela Constituição de 1988, prevalece não se constituindo, hoje, significativa para o aprimoramento dos serviços judiciais a existência ou não de unidade do Judiciário, eis que na feliz expressão do Professor **Alcides de Mendonça Lima**<sup>11</sup>, concordando com **João Mendes** “hodiernamente, o caráter da justiça assume conceito de nacional, isto é, nem federal nem estadual, estruturada que esta de modo a conciliar as causas em que a União e ou seus entes figurem como autores, réus, oponentes ou assistentes, no duplo grau da Justiça Federal restando à Justiça comum dos Estados a composição dos demais litígios”.

Com a exposição dos elementos históricos até aqui feitos procurou-se evidenciar que a transposição (quando da Proclamação da República) do Sistema Federativo dos Estados Unidos da América do Norte, sedimentado na cultura dos pioneiros, puritanos que egressos da Inglaterra foram ao “novo mundo” construir o país que desejavam para eles e seus descendentes, longe estava de ajustar-se à cultura extrativista que norteou os colonizadores portugueses que da nova terra cuidaram, nos primeiros séculos da Colônia, de extrair suas riquezas sem importarem-se com os sentimentos nativistas que até a República iam formando a Nacionalidade Brasileira.

O Sistema Federalista Norte-Americano estruturou-se, salvaguardando a autonomia das antigas colônias que sempre tiveram resguardo nos princípios constitucionais sobre os quais erigiram a União, constituindo-se o Judiciário da Federação, tendo no ápice a Suprema Corte, no grande baluarte que com suas decisões a tem fortalecido ao tempo em que compõe os conflitos que naturalmente surgem de posições que se antagonizam na busca da harmonização de diversificados interesses dos entes federados e ou os decorrentes do exercício da cidadania de suas populações. A crença em seus valores morais e na ética do comportamento que deve presidir o ser humano creditadas aos seus juizes, ancorados no *due process of law*, não faz as populações desacreditarem neles quando estão próximos aos fatos sobre os quais haverão de decidir.

<sup>11</sup> SALAZAR. *op. cit.*, p. 96.

Ao contrário do que lá sedimentou-se, em nosso País, por séculos de submissão do Judiciário ao Poder Político dos Governantes, sobrepairou a desconfiança, atribuindo-se ao juiz, porque distante das causas e da influência política exercida pelos detentores do poder local, a credibilidade da isenção para julgar. Não contentando ao jurisdicionado a existência do *duplo grau* para pôr fim a suas questões. Tendo sempre como indispensável levá-las ao conhecimento da Corte Suprema como garantia para um julgamento imparcial e isento.

É certo que outras causas contribuíram para a formação dessa cultura. Tenho-a, contudo, como básica para o verdadeiro “axioma” popular de que isento é o juiz que se coloca distante do fato e acima da autonomia da prestação jurisdicional do Estado-Membro, vendo, de regra, só existente isenção e imparcialidade na decisão, quando promanada pela mais alta Corte da Federação.

E sendo assim, um País como o nosso cujo desenvolvimento populacional e econômico, com imensas distorções na distribuição da renda nacional, necessariamente haveria de enfrentar um grande acúmulo de feitos pendentes de julgamento em sua Suprema Corte.

A chamada crise do Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal sem dúvida terá tido, inobstante outras, essa como causa preponderante.

E, justamente por isso, acabou o constituinte de 1988 adotando o que muitos estudiosos anteriormente já haviam preconizado, ou seja, a partição da competência do Colendo Supremo Tribunal Federal extraindo-lhe aquela de ser também o intérprete e guardião da integridade na aplicação da Legislação Federal atribuindo-a ao Superior Tribunal de Justiça como nova Corte Superior com jurisdição nacional.

## **6. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL.**

### **6.1. EXTREMADO E CRESCENTE NÚMERO DE RECURSOS IMPOSIBILITA ATUAÇÃO JUDICANTE COMPATÍVEL COM SUA ELEVADA FUNÇÃO. ESTATÍSTICA**

Contudo nesses quinze anos de sua instalação o Superior Tribunal de Justiça teve número sempre ascendente de feitos que lhe são submetidos, fazendo avizinhar-se uma “nova crise”, agora atribuível aos recursos especiais que se avolumam para o julgamento de seus juízes.

A ter idéia do que se afirma valho-me da estatística da Corte que nos fornece os seguintes números:

**Processos distribuídos e julgados no período  
de 07.04.1989 a 31.07.1999**

Meses	1989		1990		1991		1992		1993		1994	
	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.
Janeiro	..	..	817		1.325		2.415	90	1715		2.393	77
Fevereiro	..	..	587	764	1.506	1.480	3.635	2.865	2.432	3.201	2.982	3.390
Março	..	..	926	974	1.736	1.549	1.529	2.621	4.037	5.096	4.140	4.851
Abril	...	...	1.256	974	2.426	2.155	2.270	2.035	2.858	2.938	4.668	4.521
Mai	...	...	1.209	1.185	2.549	2.273	3.265	2.668	1.738	3.488	4.021	4.934
Junho	(1)515	(1)258	1.045	995	2.057	2.130	4.203	3.835	2.072	2.992	3.415	4.525
Julho	283		1.059		1.350		2.715	200	3.394	210	3.210	189
Agosto	757	710	1.412	1.598	2.179	2.360	2.478	3.993	3.083	3.868	3.064	5.549
Setembro	1.246	661	1.497	1.205	1.947	1.892	3.135	3.693	3.191	3.987	3.080	4.162
Outubro	941	768	1.765	1.555	2.235	1.995	2.867	3.495	2.809	3.263	2.974	3.718
Novembro	808	713	1.487	1.282	1.993	1.765	3.196	3.622	3.286	3.183	3.446	4.576
Dezembro	553	601	1.027	1.210	2.065	1.668	2.164	2.311	2.721	2.879	1.277	2.540
Total	6.103	3711	14.087	11.742	23.368	19.267	33.872	31.428	33.336	35.105	38.670	43.032

1995		1996		1997		1998		1999	
Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.
2.775	22	4.714	146	3.226	70	5.315	175	4.937	264
3.849	3.657	5.825	6.696	7.602	6.771	5.060	8.856	9.883	11.080
8.308	5.159	6.234	7.723	8.483	7.534	7.758	10.775	10.607	13.021
4.778	5.826	4.396	6.274	11.177	11.649	6.533	6.501	9.124	10.787
7.375	7.442	7.262	7.081	11.977	9.686	7.044	9.612	11.336	12.732
5.570	4.786	5.922	7.650	11.117	13.408	6.435	8.953	13.092	11.247
6.521	661	5.123	235	6.313	454	7.608	107	8.772	867
5.796	9.084	7.053	9.717	6.101	13.196	8.866	10.989		
6.045	6.770	7.464	9.097	7.921	10.413	10.515	11.575		
6.282	6.906	8.814	8.045	7.715	10.707	10.460	11.843		
6.709	7.044	8.766	8.709	8.545	10.252	9.470	12.753		
4.568	4.975	5.459	6.256	6.199	7.914	7.043	9.328		
68.576	62.332	77.032	77.629	96.376	102.054	92.107	101.467	67.751	59.998

Recursos julgados de decisões proferidas no STJ

Período: 07.04.1989 a 31.07.1999

<b>Embargos de declaração e agravos regimentais</b>						
---	--	--	--	--	--	--

Ano	EDcl	AgRg	Total	Ano	EDcl	AgRg	Total
1989	71	90	161	1995	1.749	3.245	4.994
1990	406	507	913	1996	2.244	4.263	6.507
1991	601	1.139	1.740	1997	3.696	7.095	10.791
1992	829	1.926	2.755	1998	5.182	10.591	15.773
1993	1.438	2.372	3.810	1999	2.672	4.422	7.094
1994	1.620	2.378	3.998	Total	20.508	38.028	58.536

Fontes: Subsecretaria de Autuação, Classificação e Distribuição de Feitos; Coordenadorias: Corte Especial, Seções e Turmas; Gabinetes de Ministros.

Notas: Total de distribuição no período: 551.278

Total de julgados no período: 547.765

No total de julgados estão incluídos os agravos regimentais e os embargos de declaração, em número de 58.536 feitos.

Sinais convencionais utilizados:

... Não se aplica dado numérico.

... Dado numérico não disponível.

(1) Processos referentes ao período de abril a junho/1989

**Processos distribuídos, julgados e pendentes de julgamento  
no período de 07.04.1989 a 31.07.1999**

Processos Anos	Pendentes Do(s) Ano(s) Anterior(es)	Distribuídos		Julgados (1)	Pendentes do Ano		Pendentes Acumulados	
		V. Relativo	(%)		V. Relativo	(%)	V. Relativo	(%)
1989	..	6.103		3.550	2.553	41,83	2.553	41,83
1990	2.553	14.087	130,82	10.829	3.258	23,13	5.811	28,78
1991	5.811	23.368	65,88	17.527	5.841	25,00	11.652	26,75
1992	11.652	33.872	44,95	28.673	5.199	15,35	16.851	21,76
1993	16.851	33.336	-1,58	31.295	2.041	6,12	18.892	17,06
1994	18.892	38.670	16,00	39.034	-364	-0,94	18.528	12,40
1995	18.528	68.576	77,34	57.338	11.238	16,39	29.766	13,65
1996	29.766	77.032	12,33	71.122	5.910	7,67	35.676	12,09
1997	35.676	96.376	25,11	91.263	5.113	5,31	40.789	10,42
1998	40.789	92.107	-4,43	85.694	6.413	6,96	47.202	9,89
1999	47.202	67.751	-26,44	52.904	14.847	21,91	62.049	11,26
<i>Total</i>		551.278		489.229	62.049		62.049	11,26

Fontes: Subsecretaria de Autuação, Classificação e Distribuição de Feitos; Coordenadorias: Corte Especial, Seções e Turmas; Gabinetes de Ministros.

Nota: Sinal convencional utilizado:

... Não se aplica dado numérico.

(1) Não estão incluídos os 38.028 agravos regimentais e os 20.508 embargos de declaração [totalizando 58.536 feitos], em virtude de serem contados apenas os processos distribuídos. [489.229 + 58.536 = 547.765 processos julgados]

Certo, ainda, que de agosto de 1999 a fevereiro de 2004 deram entrada no Tribunal mais 842.916 feitos, os quais devem ter sido julgados na mesma proporção dos anteriores.

Diante desses números, há cerca de quinze anos de sua instalação até o presente, foram distribuídos 1.357.565 feitos, e em face da crescente demanda dos jurisdicionados provocada pelo aumento populacional do País e a consciência de cidadania decorrente dos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988, somados a formação de novos direitos tutelados, pelo avanço das modernas tecnologias, notadamente as derivados da ciber-

nética e os novos conglomerados supranacionais que vêm se formando nas economias globalizadas não é difícil antever a proximidade dessa crise cuja solução precisa ser equacionada sem que ocorram as distorções que a ótica do passado provocaram.

Com esse volume de feitos que sobem à apreciação e julgamento do Superior Tribunal de Justiça comprova-se, uma vez mais, o que o sempre saudoso e consagrado jurista Ministro **Víctor Nunes Leal** já antevira e, prudentemente, advertira. No Sistema Federalista que nos rege a solução pelo estrangulamento da Corte Suprema não reside no pequeno número de seus juízes e nem o seu aumento poderá resolvê-la, pois a atribuição aos 33 ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça da competência que detinha o Supremo Tribunal Federal no que diz com a legislação infraconstitucional não está sendo capaz de solver a demanda sempre crescente de pleitos, assim como os 11 ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal encontram-se de sua vez, assoberbados com o número avassalador de processos de sua competência. Ou seja, mesmo que a Suprema Corte, em nosso sistema, absorvidas por argumento, as duas competências se compusesse de 44 ministros, ainda assim esse número, ou outros quaisquer que se lhes acrescesse, não seria suficiente para satisfazer a demanda, que, como se vê, cresce permanentemente.

Porque atualíssimos, valem transcritos trechos do notável estudo realizado pelo Mestre **Víctor Nunes**<sup>12</sup>, nos idos de 1965 pertinente ao Supremo Tribunal Federal o qual, nas esferas de competência valem para o Superior Tribunal de Justiça. Concernente ao número de juízes e a natureza da função asseverou:

“Para justificar o aumento do número de juízes, tem-se argumentado com o crescimento progressivo do número de processos levados ao exame do Supremo Tribunal. Nesse raciocínio está expresso ou implícito que existe relação diretamente proporcional entre as duas quantidades: se há mais volumes a movimentar no cais, é preciso contratar mais estivadores.

“O argumento já seria defeituoso quanto ao próprio trabalho braçal, porque não estaria considerando, como seria necessário, as condições materiais do serviço. É ainda mais errôneo no plano intelectual, onde o quadro do pessoal, para ser mais produtivo, há de estar pro-

<sup>12</sup> LEAL, Víctor. Aspecto da reforma judiciária. *Revista de informação legislativa*. v. 2, n. 7. p. 15-46, set. 1965.



porcionado à *natureza do trabalho específico*. Se este elemento não for levado na devida conta, os resultados poderão ser contraproducentes, como acontecerá no caso do Supremo Tribunal. Ninguém tentaria, por exemplo, criar duas Presidências da República, por serem demasiados os seus afazeres, nem instituir, pelo mesmo motivo, dois Senados e duas Câmaras de Deputados, ou dobrar o número dos congressistas”.

(...)

“A razão de ser da sua jurisdição (do Supremo Tribunal Federal) não é ser apenas um tribunal superior, mas uma *instância especial*, para fixar e uniformizar a interpretação do direito federal, notadamente, da Constituição.”

“Com estas características, ele é o árbitro dos Poderes do Estado, na delimitação das respectivas competências, como é o árbitro das competências da União, dos Estados e dos Municípios. É também o fiel das limitações impostas pela Constituição a todos os Poderes, qualificado por esta prerrogativa como o mais alto guardião das liberdades e direitos individuais.”

“Realmente, para o exercício de tais funções, teria de haver um Tribunal só, cujas decisões fossem conclusivas, e haveria de ser colocado, como foi, no ápice da escala judiciária. Por isso mesmo lhe foi atribuído o encargo de ser também o intérprete último das leis federais, para que não sejam aplicadas diferentemente pelos outros tribunais, o que sacrificaria o princípio básico da unidade do direito da União.”

“São, portanto, funções especialíssimas as do Supremo Tribunal, que não podem ser divididas com outros tribunais. A partir da natureza dessas funções é que se há de apurar qual deva ser o número adequado de seus juízes. Não é, pois o volume de processos a julgar que há de determinar esse número; *mas, ao contrário, o número adequado de juízes, em razão da natureza de sua tarefa, é que deve regular o volume dos processos que possam chegar ao Supremo Tribunal, e também, a maneira pela qual esses processos devam ser por ele apreciados.*” (O grifo não está no original).

Tendo em vista estas razões, observou o Supremo Tribunal em seu estudo: “*A existência de Tribunais estaduais numerosos também não prova em contrário, porque a natureza de suas funções não os identifi-*

*ca com o Supremo Tribunal. Enquanto lhes cabe apreciar a prova e, portanto, examinar cada caso em particular, ao Supremo Tribunal compete, quase unicamente, definir o direito. Desse modo, o julgamento de uma causa significa, muitas vezes, o prejulgamento de dezenas e centenas de outras, pela identidade do problema jurídico, sem reexame da prova que as diferenciaria uma das outras. Esta é uma das razões por que a Corte Suprema dos Estados Unidos, país mais populoso que o nosso e de maior movimento forense, pode funcionar satisfatoriamente com apenas nove juízes.”*

Tal compreensão do exato significado e função constitucional do Supremo Tribunal Federal gizada pela arguta lucidez do eminente jurista, nos idos de 1965, retorna a discussão neste momento em que a sociedade questiona o moroso e deficiente desempenho do Poder Judiciário nacional com vistas à preconizada reforma que tramita no Congresso Nacional.

Essa mesma atribuição do Supremo Tribunal Federal realçada por **Víctor Nunes**, veste as inteiras o STJ em sua função constitucional concernente a posição de máximo intérprete e guardião da inteireza na aplicação do Direito Federal, infraconstitucional que ostenta e deverá ser exclusiva, ao que se vislumbra do projeto de reforma, com o apoio do STF, foi posta também em destaque pelos eminentes Ministros *Sálvio de Figueiredo Teixeira*<sup>13</sup> e *Antônio de Pádua Ribeiro*<sup>14</sup>, dentre outros que têm se dedicado ao estudo da matéria.

Dissertando sobre essa função asseverou o Ministro **Pádua Ribeiro** que:

“De início, para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes. O motivo está, segundo lembra Buzaid, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário.

Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o STJ. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 79, n. 653, p. 7-15, mar. 1990.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o STJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 642, p. 12-20, 1989.

anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o STJ, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal **a quo**.

Em suma, a função do recurso especial é tutelar a autoridade e unidade da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de **Pontes de Miranda**, assegurando a sua inteireza positiva (art. 105, III, **a**) a sua autoridade (art. 105, III, **b**) e a sua uniformidade de interpretação (art. 105, III, **c**).

## 7 - CONCLUSÃO

Afigura-se ter ficado clara a razão preponderante pela qual sob a ótica que sustento, em verdade, em nosso País o Sistema Federativo nacional, instituído com a República, não se tem feito presente no que diz com o Poder Judiciário, repita-se, pela constante preocupação, inclusive, das elites dirigentes, como resulta das discussões referidas quanto ao *dualismo* do Judiciário, com a indevida ingerência do *Poder Político*, mesmo que eventual, dotando o legislador, as partes de instrumentos recursais que lhes propiciem levar as causas à apreciação das Cortes Supremas, cuja missão, como visto, não é decidi-las, senão que dizer o Direito, seja constitucional ou infraconstitucional, na *prevalência da tutela do interesse público, geral do Estado*, sobre os interesses dos litigantes.

Esse temor, reconheça-se justificável pelo processo histórico de nossa formação cultural, hoje não pode mais constituir óbice a que se pratique o Federalismo no Judiciário, contemplando-se os Tribunais locais, como instâncias máximas para compor o litígio entre os interessados, reservando-se ao STJ sua função precípua, como Corte Superior, nacional, de superposição, de dizer o *direito federal* quando presente acima dos interesses dos litigantes *o interesse público e geral que deva ser preservado ou aplicado*.

E não pode constituir óbice, seja pelo aprimoramento de nossa cultura, seja pelo aperfeiçoamento e progresso das comunicações, que através das novas tecnologias reduziu as distâncias e possibilita, pela liberdade que propicia o regime democrático, a mídia de estar presente noticiando o fato e denunciando as formas de arbítrio, inibindo quaisquer tipos de pressão ou

ingerência do Poder Político, se e quando existente, na tentativa de influenciar decisões, mesmo nas mais distantes e pequenas comarcas.

Atesta tal assertiva a exitosa introdução no Sistema dos Juizados Especiais — juízes próximos aos fatos — que decidem as causas de sua competência, admissível recurso tão só para as Juntas Recursais, compostas também por juízes de 1ª instância — próximos aos fatos — que os reexaminam de forma definitiva, ressalvado o recurso extraordinário em matéria constitucional, com ampla aceitação da sociedade.

Assim, para que se viabilize a adoção do Federalismo no Judiciário *é preciso deferir atribuição ao próprio Superior Tribunal de Justiça para estabelecer, quando presente o interesse público relevante sobrepondo-se ao das partes, a forma pela qual seja possível conhecer e julgar os recursos especiais*, consoante sua competência constitucional como, louvado na experiência e tradição do federalismo norte-americano, sustentou, em seu magnífico estudo, o Ministro **Víctor Nunes Leal**, nos textos retrotranscritos.

Nem se objete que experimentado tal propósito pelo Supremo Tribunal Federal, com a adoção da Emenda Regimental n. 3, de 12 de junho de 1975, tenha malogrado. As circunstâncias e o tempo em que editada distanciam-se do nosso e pelas razões explicitadas não podem levar à conclusão de que hoje adotado o critério proposto, com algum temperamento e flexibilização que o legislador constituinte venha a lhe dar, na reforma do Poder Judiciário que ora tramita no Congresso Nacional, não se constitua no instrumento válido a evitar uma crise de estrangulamento, por excesso de feitos, que já se prenuncia para o Superior Tribunal de Justiça.

# **Recursos cíveis ordinários e regimentais, no Superior Tribunal de Justiça**

**Humberto Gomes de Barros**

Como boas notícias

J. VILLORES

# RECURSOS CÍVEIS ORDINÁRIOS E REGIMENTAIS, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Humberto Gomes de Barros**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça — Sócio Fundador do Instituto dos Advogados do DF — Ex-Conselheiro da OAB — Sub-procurador do Distrito Federal, aposentado.

## I - RECURSOS NO STJ

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para unificar a aplicação e interpretação da Lei Federal, em todo o Brasil. Para que tal objetivo seja atingido, a Constituição Federal de 1988 outorgou competência a essa Corte, para conhecer de recursos especiais – apelos também concebidos pela nova Carta Política, como desdobramento do recurso extraordinário. Não seria despropósito afirmar que este recurso constitui a razão de ser do novo Tribunal.

O Constituinte, entretanto, não restringiu a competência da nova Corte ao controle da legalidade. Pelo contrário, outorgou-lhe alentada faixa de competência originária, além de confiar-lhe o conhecimento de recursos ordinários<sup>1</sup>.

O Art. 105 da Constituição Federal, em seu item I, relaciona as oito espécies de processos que integram a competência originária do STJ. Já o inciso II, do Art. 105 enuncia os recursos ordinários. Eles ocorrem nos processos:

a) de **habeas corpus** e mandados de segurança, julgados pelos tribunais estaduais ou regionais federais, em única ou última instância, quando a decisão for denegatória;

b) em que Estado estrangeiro ou organismo internacional, litigar com município ou pessoa domiciliada no Brasil.

Para os estudiosos do processo, os recursos ordinários não funcionam como boas musas. A inspiração de tais doutores, ao que parece, ofusca-se

---

<sup>1</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça: Competências originárias recursal. In: Recursos do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3 e 11.

pelo charme das complicações e armadilhas que pavimentam os caminhos do recurso especial.<sup>2</sup>

Nesta dissertação, interessam, apenas, os recursos cíveis. Deixemos, pois, ao largo o recurso em HC.

## II - ORDINÁRIO — POR QUÊ?

De início, embora desnecessário, vale esclarecer a razão pela qual estes recursos consideram-se ordinários.

O adjetivo “*ordinário*” — diz o Aurélio Eletrônico — vem do latim e significa:

1. Que está na ordem usual das coisas; habitual, useiro, comum;
2. Regular, periódico, costumado, freqüente;
3. De má qualidade; inferior;
4. De baixa condição; baixo, grosseiro; mal-educado;
5. Medíocre, vulgar;
6. Bras. Sem caráter; reles, ruim.

Não se pode considerar usual qualquer dos recursos ordinários. Se considerarmos a freqüência com que são interpostos, verificaremos que o número deles (cerca de doze mil) é irrisório, em comparação com o de recursos especiais (oitocentos e trinta e quatro mil, se acrescentarmos aos 404.000 apelos admitidos, os 430.000 agravos de instrumento visando dar seqüência a recursos especiais abortados no juízo de admissibilidade)<sup>3</sup>. Neste sentido, mais justo seria chamar ordinário o recurso especial.

Tampouco, é correto emprestar aos recursos ordinários, as acepções pejorativas da palavra que os nomeia: para demonstrar a injustiça de semelhante acepção, basta lembrar que eles incidem nos processos mais nobres de nossa estrutura judicial — aqueles que tratam dos remédios constitucionais do **habeas corpus** e do mandado de segurança<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Para ilustrar o baixo grau de atenção reservado aos recursos ordinários, observo que dos 23 magníficos ensaios que compõem o livro *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, apenas um é dedicado ao recurso ordinário em mandado de segurança.

<sup>3</sup> Números apurados em 06.03.2002.

<sup>4</sup> A importância destes dois institutos, na manutenção do Estado de Direito é tão grande, que sempre utilizo letras maiúsculas, para lhes escrever os nomes.

Por que, então, o recurso mais comum chama-se especial, enquanto o mais raro denomina-se ordinário?

Como se sabe, o recurso é um incidente processual que se instaura, a partir do momento em que a causa foi resolvida. O objetivo do recorrente é, justamente, modificar a decisão que lhe contrariou os interesses. Para que se instaure este incidente, e com ele, um novo procedimento, é necessária a conjunção de várias circunstâncias, cada uma, por si, insuficiente para gerar o recurso.

Não basta, por exemplo, que haja um pronunciamento judicial. É necessário que nele tenha ocorrido uma decisão. Um despacho de mero expediente não comporta recurso. É necessário, também, que a decisão lese o interesse de quem manifestou o recurso.

Se a pretensão inicialmente manifestada pelo recorrente não resultou diminuída, ameaçada ou denegada pela decisão, o recurso não terá cabimento. O mesmo se há de dizer, a respeito do apelo manifestado além do prazo reservado pela lei, ou daquele dirigido a órgão incompetente. Um recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, versando matéria de natureza não constitucional, estará fadado a não ser conhecido.

Estes pressupostos são exigidos para a interposição de qualquer recurso. Por serem comuns a todos, são chamados requisitos ordinários. O recurso contra decisão de única instância, em processo de mandado de segurança satisfaz-se com o adimplemento dos pressupostos ordinários. Por isso, ganhou o nome de ordinário. Em rigor, contudo, ordinários são os requisitos — não o apelo.

O recurso especial tem este nome, porque exige que, além dos requisitos comuns, exista controvérsia em torno de Direito Federal, não constitucional.

### **III - SEMELHANÇAS**

Os recursos ordinários para o STJ mantêm uma característica comum: ambos se prestam a enfrentar decisões emitidas no exercício de competência originária.

De fato, nas causas entre Estado estrangeiro e município ou pessoa que mora no Brasil, o recurso ordinário dirige-se contra decisão do juiz federal, decidindo a causa, em primeiro grau de jurisdição.



Também o recurso ordinário em mandado de segurança tem como objeto acórdão, em que o tribunal atua como órgão de primeiro grau.

Assim, ao julgar recurso ordinário, o STJ funciona como tribunal de segundo grau.

Outro ponto comum, entre os dois apelos é a circunstância de que todos eles desviam o STJ de sua função específica: o controle da interpretação e aplicação da lei federal.

Com efeito, os recursos ordinários constitucionais levam ao STJ, tanto questões de Direito Constitucional, quanto temas de Direito municipal ou estadual.<sup>5</sup> Ao apreciá-los, o Tribunal Superior atua como corte de apelação, deixando suas decisões (aquelas que apreciam questões constitucionais) expostas a recurso extraordinário.<sup>6</sup>

#### IV - O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Dos recursos ordinários, o mais notável é o interposto no processo do mandado de segurança.

Ele surgiu em nosso Direito, através do art. 76, II, a, da Constituição de 1934.

A Carta de 1937 não lhe dedicou qualquer referência — até porque, nela, o mandado de segurança perdeu **status** constitucional.

Em 1946, a Carta democrática o inseriu, no art. 104, II, a.

Em 1967, novo surto ditatorial eliminou o apelo, que somente veio a ser restaurado, com a redemocratização de 1988.

A primeira observação que se retira destas entradas e saídas é a da incompatibilidade entre o recurso ordinário em mandado de segurança e os regimes autoritários.

Tudo indica que o apelo inspirou-se na preocupação de garantir o princípio do duplo grau de jurisdição — inerente ao Estado de Direito<sup>7</sup>. Em verdade, se não contasse com um recurso ordinário, o impetrante de mandado de

<sup>5</sup> FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**: individual e coletivo: aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 144.

<sup>6</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 352 p.

<sup>7</sup> SANTOS, Cláudio. Competência do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo jurídico da biblioteca do Ministro Oscar Saraiva**. v. 7, n. 1. p. 18-40. jan/jun. 1995.

segurança originário dos tribunais quedar-se-ia órfão de recurso contra decisão que lhe negasse a ordem. Estaria, assim, privado da garantia fundamental, que o próprio constituinte prestigiara no art. 5º, LV, da Carta Política.

No que respeita à natureza jurídica, o recurso ordinário destina-se ao enfrentamento de decisões que denegarem mandado de segurança. Vale dizer: o apelo pressupõe decisão terminativa; decisão interlocutória não lhe dá ensejo.

Se assim ocorre, seu parente mais próximo é a apelação.

Tão próximo é o parentesco, que o atual art. 540 do Código de Processo Civil determina que se apliquem aos recursos ordinários — no que respeita à admissibilidade e ao procedimento no Tribunal **a quo** — os preceitos relativos à apelação.

Há profunda semelhança entre os dois apelos. Não existe, contudo, identidade.

Coloque-se em evidência, desde logo, uma diferença: ao contrário da apelação, o ROMS é um apelo **secundum eventus litis**.

Vale dizer: somente é possível interpor recurso ordinário, se a decisão for denegatória da segurança.<sup>8</sup>

Decisão concessiva pode ser conduzida ao reexame do STJ, através de recurso especial — jamais, de recurso ordinário.

Destaco esta particularidade, porque ela é muito relevante, para o advogado.

Outra peculiaridade: não basta ser denegatório o acórdão. Somente decisão denegatória de Segurança, tomada em “única instância” pode ser desafiada pelo recurso ordinário constitucional.

O causídico deve estar sempre advertido:

acórdão denegatório de segurança, em processo originário de tribunal desafia recurso ordinário. Contra ele não se admite recurso especial. Isto ocorre, porque o recurso especial tem como pressuposto uma decisão de “última instância” (CF — art. 105, III) — vale dizer: decisão contra a qual não se possa interpor recurso ordinário. Ora, a decisão que, em processo originário, nega segurança expõe-se a recurso ordinário.

---

8 MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 72.

A recíproca é, também, verdadeira. Acórdão concessivo de segurança, em processo originário de tribunal, desafia recurso especial — contra ela não se admite recurso ordinário.

Outra observação: acórdão denegatório, formado em apelação também é imune a recurso ordinário.

Muito cuidado, pois: a troca de um recurso por outro pode impedir o conhecimento do apelo. A jurisprudência, contra meu entendimento<sup>9</sup>, encara com muita reserva a incidência do princípio da fungibilidade<sup>10</sup>.

Outra questão relativa ao cabimento do recurso prende-se ao entendimento do que seja “decisão denegatória”, utilizada no permissivo constitucional.

De início, formou-se corrente jurisprudencial a entender que só existe denegação, quando o Poder Judiciário examina o pedido e o declara improcedente. Ora — diziam os cultores deste entendimento — se o tribunal, preso a questões processuais, deixa de examinar o mérito, ele não denegou a segurança: simplesmente não tomou conhecimento do pedido, ou, sem o julgar, extinguiu o processo.<sup>11</sup>

Esta orientação partia de um engano: confundir o pedido de segurança, com seus fundamentos. Com efeito, quem busca o denominado “remédio heróico” espera a emissão de uma ordem judicial (o mandado de segurança), dirigida a determinado agente do Estado. Tal ordem deve ser emitida, porque, o agente está a cometer ilegalidade. Assim, o impetrante pede um mandado de segurança — não simples declaração de ilegalidade. A ilegalidade funciona como fundamento da pretensão: com ela não se confunde.

Assim, o acórdão que não toma conhecimento das razões que conduziriam à declaração de ilegalidade é tão denegatório da ordem, quanto aquele que se aprofunda nas razões do pedido. Ambos emitiram decisão de mérito.

Hoje, a questão está superada, com a derrota da interpretação restritiva<sup>12</sup>. Destaquei-a, porque, sobretudo para os advogados, é sempre oportuna qualquer advertência para que se evitem os perigos — mesmo aqueles ocultos, como minas explosivas semeadas em terreno onde se desenvolveu guerra já extinta.

<sup>9</sup> EDcl. no RMS n. 888/Humberto — Primeira Turma.

<sup>10</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 184.024/Menezes Direito — Terceira Turma.

<sup>11</sup> RMS n. 82/Gueiros Leite — Terceira Turma

<sup>12</sup> AgRg no Ag n. 184.024/Menezes Direito — Terceira Turma.

É necessário que os advogados não esqueçam: acórdão que extingue, “sem julgamento do mérito” o processo de segurança, ou que “não toma conhecimento do pedido”, expõe-se a recurso ordinário — não a recurso extraordinário, ou especial.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já advertiu:

“A locução constitucional — “quando denegatória a decisão” — tem sentido amplo, pois não só compreende as decisões dos tribunais que, apreciando o **meritu causae**, indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam extinção do processo.”<sup>13</sup>

Pergunta-se, agora: se o acórdão conceder parcialmente a segurança, qual o recurso cabível?

A questão é mais simples do que parece:

a) ao impetrante, assiste recurso ordinário, contra o dispositivo que traduziu a denegação parcial;

b) o Estado, de seu lado, poderá interpor recurso especial (ou extraordinário), pleiteando a reforma da parte em que se concedeu a ordem.<sup>14</sup>

Ainda em tema de cabimento, deixo um último lembrete (corolário do que já disse acima):

Mesmo que o acórdão denegatório de segurança, em processo originário de Tribunal extraia seus fundamentos do próprio texto constitucional, o recurso haverá de ser o ordinário, para o STJ. Quem interpuser recurso extraordinário estará cometendo erro grosseiro.

## VI - EFICÁCIA

Qual a eficácia do recurso ordinário em mandado de segurança?

A maioria da doutrina responde afirmando que o apelo produz, apenas, efeito devolutivo. O efeito estaria restrito à devolução, por duas circunstâncias:

a) a eficácia suspensiva seria contrária aos imperativo de urgência e auto-executoriedade que inspiram o processo do mandado de segurança;

---

<sup>13</sup> MS n. 21.112 (AgRg) — Rel. Min. Celso de Mello — RTJ 132/718

<sup>14</sup> FLAKS, Milton. Recursos ordinários, extraordinários e especial do STF e do STJ. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. n. 45. p. 71-82. 1992.

b) o recurso ordinário presta-se, apenas, ao desafio de acórdão denegatório da segurança. Ora, se a decisão recorrida nada concedeu, não há o que suspender.

A questão parece **de lana caprina**.

Ela, contudo, ganha relevo quando se trata de processo onde se tenha deferido liminar. Com efeito, imagine-se que o Relator do pedido de segurança deferiu liminar, que veio a ser revogada, por efeito de acórdão denegatório.

Interposto recurso ordinário, caso ele produza os dois efeitos, o acórdão recorrido quedará suspenso. Dele, nada resultará. Em assim ocorrendo, a liminar permanecerá ativa e eficaz.

Em recente assentada, a Primeira Turma, em acórdão por mim conduzido, proclamou:

“A teor do sistema consagrado no Código de Processo Civil, o recurso ordinário em mandado de segurança produz eficácia suspensiva (CPC, arts. 520 e 540).”<sup>15</sup>

O Acórdão montou-se na observação de que o art. 540 do Código de Processo Civil trata o recurso ordinário — no que se refere à admissibilidade — como se fora apelação. Ora, a teor do art. 520, “a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, a não ser nas cinco hipóteses arroladas naquele dispositivo legal.

Como o acórdão que denega segurança não está arrolado entre aquelas exceções, é de se concluir que o recurso ordinário em mandado de segurança há que ser admitido no duplo efeito. O Professor **Cassio Scarpinella Bueno** arrola valiosas opiniões doutrinárias, prestigiando esse entendimento<sup>16</sup>.

## VII - PROCEDIMENTO

O procedimento do recurso ordinário afasta-se daquele traçado para a apelação, quando o incidente chega ao STJ.

O artigo 540 determina que, no Tribunal Superior, o incidente processual obedeça ao rito traçado no Regimento Interno da Corte.

<sup>15</sup> Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 560/RJ

<sup>16</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança, um tema com variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 288.

O Regimento Interno do STJ (em apenas um artigo – o 248) determina um itinerário diferente daquele percorrido pela apelação. Ao chegar ao Tribunal, o recurso passará pelo serviço de distribuição, onde se determinará o Relator.

O processo, entretanto, não será apresentado imediatamente ao Relator: ele irá diretamente ao Ministério Público Federal. Nada importa o tema discutido: mesmo em se tratando de questão estadual, ou municipal, a manifestação do Ministério Público Federal é necessária.

O Regimento não prevê atuação de Revisor: tão logo retorne do MPF, os autos serão apresentados ao Relator, que o levará à Turma, para julgamento.

Nem sempre haverá julgamento pelo colegiado.

Nos termos do art. 34, XVIII, o Relator negará seguimento ao recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula, ou quando for evidente a incompetência do Tribunal.

O dispositivo semelhante ao do art. 34 do regimento foi inserido no art. 38 da Lei n. 8.038/1990. **Nelson Nery Júnior** considera tal inserção inconstitucional.

Para o Mestre paulista, a Constituição Federal reserva ao STJ a competência para julgar os recursos a que se refere o art. 105. Não é lícito, assim, deslocar a competência, para que o Relator faça as vezes do Tribunal.<sup>17</sup>

A crítica procede: a Constituição é clara. A teor de seu art. 96, “compete privativamente aos tribunais, elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais da parte, dispondo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos.” Nos termos do preceito constitucional, não se permite ao legislador disciplinar a competência dos órgãos fracionários da Corte.

Nesta conjuntura, ao contrário da lei, o art. 34 do RISTJ homenageou o art. 96 Constituição Federal, quando erigiu o Relator em órgão competente para decidir em questões já assentadas e naquelas onde a inviabilidade do apelo é manifesta. Além de rigorosamente constitucional, o preceito regimental homenageia o ideal da economia processual.

Só faça uma reserva ao item XVIII do Regimento, quando só permite ao Relator decidir de plano, quando “for evidente a incompetência” do STJ.

---

<sup>17</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 163 e ss.

Para mim, não há incompetência oculta. Ou o tribunal é competente, ou não o é. Incompetência evidente é — **data venia** — pleonasma.

Tenho utilizado largamente o inciso XVIII.

Faz algum tempo, ofereci proposta de reforma do Regimento, outorgando ao Relator, competência para dar provimento ao recurso que desafia acórdão manifestamente contrário à jurisprudência assentada pelo Tribunal.

Justifiquei a proposta, dizendo:

“A Constituição Federal possibilita aos tribunais, dividirem-se em órgãos fracionários e disporem sobre as atribuições destes (art. 96, I, **a**).

Tal divisão tem como escopo a economia e a agilidade processual.

O Relator é um dos órgãos em que compõem o Superior Tribunal de Justiça.

O art. 96, I, **a**, da Constituição Federal reserva aos tribunais competência para dispor, em seus regimentos, sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.”

É possível assim, confiar ao Relator a prática de atos reservados ao Tribunal.

Nosso Regimento Interno já outorga ao Relator, competência para negar seguimento a recurso manifestamente incabível, improcedente ou contrário à nossa jurisprudência (art. 34, XVIII).

Ora, se o Relator pode julgar, para abortar pretensão recursal contrária à jurisprudência da Corte, porque não o poderia fazer, para dar provimento a apelo que lhe traga pedido que nela encontre amparo?

Não há diferença axiológica.

O parágrafo que se acrescenta ao dispositivo ora proposto repete o conceito de jurisprudência firme, estabelecido pelo Regimento Interno (art. 122, § 1º).

Parece oportuno estender o permissivo, para que a decisão unipessoal possa ocorrer, não apenas quando a jurisprudência esteja sumulada, mas, ainda, em situações em que haja “jurisprudência firmada”. É que existem teses repetitivas envolvendo litígios que tendem a desaparecer com o tempo. Tais questões não merecem um verbete na súmula, mas devem ser resolvidas com presteza.

Como anotou muito bem o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro,

“Para fins do art. 38 da Lei n. 8.038/1990, tem prevalecido a orientação de que julgados reiterados e no mesmo sentido das Turmas Especializadas, quanto a determinada questão federal, equivalem a súmula deste Tribunal.” (AgRg n. 23.940-2/SP)”

Estava convencido de que a solução homenageava o interesse das partes, dos advogados e do Poder Judiciário.

Em verdade, advoguei por mais de trinta anos. Sei como dói a angústia de esperar longamente por um julgamento formal, quando nossa pretensão está consagrada.

Não temia a possibilidade de erro.

Pelo contrário, em sendo agraváveis todas as decisões unipessoais, (RISTJ, art. 258), o provimento do recurso, tanto quanto a negativa de seguimento, abre oportunidade ao causídico, para enfrentar, em arrazoado escrito, a questão prejudicial suscitada pelo Relator. Bem melhor de que ser surpreendido pelo voto, na hora do julgamento.

Desconheço a impressão que o projeto causou, na Comissão de Regimento Interno do STJ. Até hoje, decorridos mais de seis anos, não tive notícia de sua apreciação. Felizmente, a idéia foi aceita pelo legislador que a consagrou, acrescentando ao art. 557, do Código de Processo Civil, o atual § 1º.

Vale anotar que a inovação chegou em boa hora. Não fosse a possibilidade de o Relator aplicar a jurisprudência consolidada pelos colegiados, o Superior Tribunal de Justiça teria sucumbido, frente à irracional afluência de 198.613 processos versando questão repetitiva (a correção monetária do FGTS).

## VIII - EMBARGOS

Outra diferença substancial entre apelação e recurso ordinário é a inexistência, neste último, de embargos infringentes. Aliás a jurisprudência, há muito, não admite o incidente de embargos infringentes no processo de segurança (Súmula n. 597/STF).

Nos termos do Regimento Interno (art. 260) tais embargos cabem, somente, nos processos de ação rescisória e de apelação.



Tampouco admitem-se embargos de divergência: este incidente somente é oportuno, no julgamento de recurso especial (art. 266).

## IX - CAUSAS DE ESTADO ESTRANGEIRO

Se o recurso ordinário em mandado de segurança não é comum, mais raro, ainda, é aquele previsto no inciso II, **c**, da previsão constitucional.

Em treze anos de existência do STJ, o número de recursos ordinários não passa de quarenta e seis.

De qualquer sorte, o apelo existe e funciona.

Funciona e pode mudar de imagem, conforme as circunstâncias.

Vejamos, pois:

Como disse no início desta exposição, o STJ atua como tribunal de segundo grau, nas causas em que se envolvem Estado estrangeiro e município ou pessoa que mora no Brasil. Nos processos resultantes destas causas, como em qualquer outro, os juízes emitem decisões interlocutórias e sentenças. Assim, a parte sucumbente vê-se compelida a interpor agravo ou apelação, conforme o caso. Em qualquer hipótese, contudo, o apelo chegará ao Superior Tribunal de Justiça, sob o nome de “recurso ordinário”.

Assim, o recurso pode assumir a forma de agravo de instrumento, ou de apelação. Se o recorrente enfrenta decisão interlocutória, o recurso ordinário será interposto como agravo de instrumento.

Nesta hipótese, o procedimento será aquele previsto no Código de Processo Civil e nos artigos 253 e 254 do Regimento Interno. Se, entretanto, a decisão recorrida colocou termo ao processo, o recurso ordinário assumirá as vestes de apelação cível.

Seu andamento correrá pelo caminho traçado nos artigos 249 e seguintes, do Regimento. Nesta trilha, ocorrem duas particularidades notáveis, quando postas em confronto com a apelação descrita no Código de Processo Civil:

a) os autos serão, obrigatoriamente, apresentados ao Ministério Público Federal;

b) o Relator apresentará, de plano, os autos ao colegiado, sem interferência de Revisor.

## X - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Costumamos dizer que o Superior Tribunal de Justiça é um tribunal superior, porque sua competência é delimitada pela Constituição Federal, não podendo ser ampliada por outra lei, de qualquer hierarquia. Dizemos, também, que o STJ é uma corte extraordinária, porque trata, quase exclusivamente, de recursos especiais. A ocorrência de apelos ordinários seria exceção que, apenas, confirma a regra.

A segurança de tais assertivas compromete-se, quando se constata a existência de uma espécie de recursos que, além de não estar prevista na Constituição Federal abriga-se na categoria dos apelos ordinários. O comprometimento é maior quando se leva em conta a circunstância de que os exemplares dessa espécie exótica superam, em número (430.000), a soma de todos os processos constitucionais recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esses indivíduos, de origem espúria, cuja invasão compromete a nobreza da Corte pertencem à categoria dos agravos de instrumento. Quando o Superior Tribunal de Justiça lida com eles, perde, o faz como tribunal ordinário, cuja atuação em nada se diferencia daquela exercida pelas cortes locais, no trato de recursos semelhantes.

Para que servem, entretanto, tão malfalados instrumentos processuais?

Em verdade, o agravo de instrumento desempenha função meritória, atuando, em relação ao recurso especial, como efetivo salva-vidas. Sua missão é ressuscitar recurso especial abortado no juízo de admissibilidade (CPC, art. 544).

De início, vale a observação de que o agravo tendente a impulsionar recurso especial não se confunde com aquele de que trata o art. 522 do Código de Processo Civil. Há diferenças notáveis entre os dois homônimos.

A primeira delas está em que, ao contrário do que sucede com o recurso disciplinado no art. 522, não se admite retenção do agravo contra denegação de recurso especial. Entretanto, se houver interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, o agravo contra a denegação deste último permanecerá no Tribunal **a quo**, até que se solucione, em definitivo, o recurso especial.

Outra diferença importante: o agravo do art. 522 é “dirigido diretamente ao tribunal competente”(art. 524). Já aquele destinado a movimentar re-

curso especial deve ser manejado “perante a Presidência do Tribunal de origem”.<sup>18</sup>

Ao “Tribunal de origem” não se permite negar seguimento ao agravo, mesmo diante de manifesta intempestividade.<sup>19</sup>

No começo desta exposição afirmei que os caminhos do recurso especial são pavimentados com armadilhas. A estrada do agravo regimental, também é repleta de negaças. Uma delas: a certidão de intimação do acórdão desafiado pelo recurso especial, embora não arrolada entre os documentos essenciais, é obrigatória. Se o instrumento não a contiver, o apelo não será conhecido.<sup>20</sup>

O agravo é julgado pelo Relator, em decisão unipessoal. Tal em função de seu dispositivo o julgamento pelo Relator expõe-se ou não a recurso: a decisão que dá provimento ao agravo, destravando o recurso especial é irrecorrível;<sup>21</sup> já aquela que desprovê o agravo expõe-se a agravo interno, a ser interposto no prazo de cinco dias (CPC, art. 545).

Observação interessante: embora seja imune a recurso (e até por isso), a decisão que desprovê agravo de instrumento não opera preclusão. “O provimento do agravo pelo Relator não prejudica o exame e o julgamento pela Turma, do cabimento do recurso especial, no momento oportuno”.<sup>22</sup> Vale dizer: a admissibilidade do apelo pode ser reapreciada, como preliminar, no julgamento do recurso especial.

Outra propriedade do agravo para o Superior Tribunal de Justiça é seu potencial de acarretar o próprio julgamento do recurso especial. Isto ocorrerá, quando o acórdão por este desafiado divergir de jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup>

O agravo de instrumento é, também, capaz de metamorfose: o Relator poderá, “se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.”<sup>24</sup> Quando isso ocorre, tem-se uma nova espécie de apelo: o recurso especial de instrumento.

<sup>18</sup> Res. n. 1, de 31.01.1996, da Presidência do STJ.

<sup>19</sup> REsp n. 410/Mosimann.

<sup>20</sup> Súmula n. 223.

<sup>21</sup> RISTJ, art. 258, § 2º.

<sup>22</sup> RISTJ, art. 254, § 1º.

<sup>23</sup> CPC, art. 544, § 3º.

<sup>24</sup> CPC, art. 544, *in fine*.

## XI - RECURSOS REGIMENTAIS

O Regimento Interno coloca à disposição das partes, uma bateria de processos, todos eles incorporados ao Código de Processo Civil, pelas reformas implantadas, recentemente naquele diploma.

Deles, os mais importantes são:

a) o agravo regimental, oportuno, para desafiar qualquer ato unipessoal, de Relator, ou de Presidente de órgão fracionário<sup>25</sup>;

b) os embargos infringentes, oportunos, exclusivamente, nos processos de ação rescisória e de apelação cível (arts. 260 e ss.)<sup>26</sup>;

c) os embargos de divergência cabíveis, tão somente, no incidente de recurso especial (art. 266);<sup>27</sup>

Os dois primeiros recursos não apresentam maiores complicações. No entanto, as dificuldades que envolvem os embargos de divergência, demandariam largas considerações — impertinentes, no âmbito dessas notas, até porque, esse recurso constitui, na verdade, um incidente no procedimento do recurso especial. Foge, pois, ao conceito de recurso ordinário.

---

<sup>25</sup> RISTJ, arts. 258 e ss.

<sup>26</sup> RISTJ, arts. 260 e ss.

<sup>27</sup> RISTJ CPC, art. 266);

RDD

DISCIPLINAR

## **RDD – Regime Disciplinar Diferenciado**

**Luiz Vicente Cernicchiaro**

Submetido em 12/02/2013

Nesse dia 12/02/2013

Dirigido a

## **RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

### **Luiz Vicente Cernicchiaro**

— Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

— Doutor em Direito Penal e Criminologia, pela *Università degli Studi Roma*.

— Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1969.

— Advogado

O Direito Penal está passando por um momento de crise. Crise tão séria, que envolve o Parlamento e os Tribunais brasileiros.

Não se pode conferir interpretação correta da lei se não forem levados em conta os — princípios — que regem essa área dogmática. Diga-se o mesmo da — execução penal — a ela umbilicalmente relacionada.

Análise dos repositórios de jurisprudência evidencia, tantas vezes, não haver a devida preocupação com o sentido material da lei penal. O mesmo acontece com a — execução penal. Não se trata, pois, de crise tópica. Ao contrário, atinge a própria principiologia desse setor jurídico.

O Direito deve disciplinar — valorativamente — a vida em sociedade. Sem princípios, far-se-á simples operação de jogo de xadrez, ou seja, raciocínio meramente formal, vazio, indiferente ao aspecto mais importante: a teleologia da norma jurídica. E o pormenor ganha realce quando se trata de Direito Penal e da Execução Penal (sem olvidar o Direito Processual Penal). Essas áreas dogmáticas não se referem a transações civis, ou comerciais, não buscam interesse meramente patrimonial. Importante frisar, Direito Penal trata, impõe disciplina, estabelece regramento de conduta ao ser humano.

A parte mais importante da Constituição da República é a menos citada. Sem exagero, tantas vezes, ignorada, tida por muitos como meramente enunciativa: o preâmbulo. Aí, está explícito, uma das metas da Carta Pública é organizar “uma sociedade fraterna, “sem preconceitos”. E, no Título II — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais “(art. 5<sup>o</sup>) registra, no inciso III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Nesse ângulo devem ser interpretadas as normas do Direito Penal, do Direito Processual Penal e da Execução Penal.

Evidente, em toda sociedade, há condutas valiosas e condutas proibidas (desvaliosas).

O Direito recepiona os respectivos comportamentos. De um lado, aprovando-os. De outro, repelindo-os.

O modo de reagir não pode ser casuístico. Há de resultar de princípios, referências aplicadas à legislação, impondo-se-lhe legitimidade. Não basta a lei estar em vigor. É indispensável, repita-se, ganhar aceitação material.

E como traduzir essa preocupação? Prefiro denominá-la — *legitimidade*! A Constituição brasileira, no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consagra o princípio que rege o Estado Democrático de Direito. No tocante ao Direito Penal: a anterioridade da lei penal: “ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5<sup>ª</sup> XXXIX). Essa norma, entretanto, não está isolada no sistema. Coordena-se aos “Princípios Fundamentais” que erigiram literalmente a proteção da pessoa humana (art. 1<sup>ª</sup>, III). Esses comandos dirigem-se também aos integrantes dos Poderes da República. O contraste de uma norma jurídica à Constituição se dá formal ou (e) materialmente.

A norma jurídica somente se adapta aos Princípios Fundamentais quando ajustar-se (formal e materialmente) à Carta Política. No primeiro aspecto, reclama-se, por dedução, a norma ordinária guardar harmonia com a que ela é hierarquicamente superior: a lei ordinária, relativamente a Constituição; o decreto, por sua vez, quanto à lei. Do ponto de vista material, impõe-se comparação entre os preceitos das normas, a fim de a derivada não contrariar *ideologicamente* a que lhe é referência. Em se ilustrando: a Constituição não pode contrastar princípios ideológicos. A lei ordinária, também ideologicamente, precisa estar em harmonia com a Carta Política, do mesmo modo que o decreto ajusta-se imediatamente à lei ordinária e, mediamente, vincula-se à Lei Maior e aos Princípios Gerais do Direito. Com isso, ganham-se legalidade e legitimidade.

Essas observações evidenciam a importância do Poder Judiciário. Não é mera **longa manus** do Legislativo. Isso não gera nenhuma ofensa à separação de Poderes. Ao contrário, integra-os em unidade material. O Direito — ideologicamente — não evidencia contradições. As normas interligam-se. Não se contrapõem. Nessa extensão, uma lei, insista-se, só ganha legitimidade se estiver ajustada aos princípios do sistema jurídico!

O delito, mercê do princípio da legalidade, é definido em lei. Até aí, tem-se aspecto, e tão-só, formal. Exige-se mais. Estar em contraste com a ideologia do ordenamento jurídico, em particular com as normas que lhe dão sustentação: de hierarquia e legitimidade. Nesse passo, recorde-se **Reale**, impondo destruição entre “fundamento de ordem axiológica, eficácia social e validade formal ou vigência, porque emanada do poder competente, com obediência aos trâmites legais”.

Não basta a norma obedecer ao procedimento legislativo. Até aqui, tem-se aspecto simplesmente formal. Ainda o ilustre Professor: “Mesmo, porém, quando ainda não se caracterizou o desuso, o Judiciário, ao ter de aplicar uma regra em conflito com os valores do ordenamento, atenua, quando não elimina, os seus efeitos aberrantes, dando-lhes interpretação condizente com o espírito do sistema geral.” (“Lições”, Saraiva, 1995, p. 113)

O Judiciário, a fim de a decisão alcançar — *justiça material* — necessita, antes de tudo, promover a crítica da norma através dos princípios vigentes, em particular quando encerrados na Constituição.

O Judiciário não pode desenvolver mero raciocínio formal. As premissas também precisam ser objeto de crítica.

Dentre os — “Princípios Fundamentais” — da Carta Política — o art. 1<sup>o</sup>, no inciso III, realça a — *dignidade da pessoa humana*!

Costumo dizer, a Carta Política, como as demais normas jurídicas, encerra propósitos para caracterizar o Estado Democrático; busca realizar a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (Preâmbulo).

A Constituição, como o restante do ordenamento jurídico, tem em mira promover a — *justiça material*. Representa momento histórico de transição!

A Criminologia moderna não se preocupa somente com o “homem delinqüente”, como acontecia no alvorecer. Hoje, apesar das ramificações, tem também como objeto a sociedade e o ordenamento jurídico. O trabalho do legislador deve ser analisado no sentido material e ideológico! A lei é meio, trânsito para realizar — *valores*! Se os contraria, evidente, perde legitimidade. Aqui, resplandece a grande importância do Poder Judiciário. Toda norma (legislada, ou não) precisa passar pela crítica de dois referenciais: a) crivo formal (obediência ao procedimento legislativo); b) crivo material (obediência aos princípios do Direito, de que a Constituição é aspecto importante). A



própria Carta Política torna-se objeto de análise, dado poder encerrar dispositivos que desviem referencial teleológico de suas normas. Ilustrativamente: o rigor imposto ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). O casuísmo, entretanto, cede espaço à principiologia que, aliás, dispensa, para sentir-se sua extensão, o ditado do legislador. Cultura, respectivos valores, independem de declaração formal. Impõem-se, ao contrário, ao próprio legislador. E também ao Poder Judiciário. Assim o é porque a lei, além de obedecer ao procedimento legislativo (aspecto formal), precisa submeter-se aos princípios axiológicos (ainda que não explicitados), o que corresponde à legitimidade!

Se o texto legislativo não se ajustar a esses parâmetros, será inconstitucional (formal, e (ou) materialmente). Resulta, como consequência, não merecer aplicação!

A Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003 — altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 — Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal e dá outras providências — merece cuidadosa análise — dado dispor relativamente à Lei de Execução Penal, ao Código de Processo Penal, como registra a ementa, e ao Direito Penal.

Atenção ao disposto no art. 52, **caput**, com a seguinte redação:

“A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado...”

Esse regime é também aplicável aos “presos provisórios ou condenados, que apresentaram alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1º) bem assim, “o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. (Art. 52, § 2º)

Impõe-se análise da natureza jurídica das mencionadas normas da Lei n. 10.792/2003.

O Código Penal reúne princípios e normas relativas à infração penal (Parte Geral) e o rol de crimes em espécie (Parte Especial). (Decreto-Lei n. 2.848/1940 c.c. Lei n. 7.209/1984)

A Lei de Execução Penal, por seu turno, encerra os comandos regentes da execução penal, tendo por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (“Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984”).

Não se pode olvidar o princípio da legalidade, regente básico do Direito Penal, com assento no art. 5<sup>o</sup>, XXXIX da Carta Política: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A sentença penal condenatória define a situação jurídica do condenado.

Justifica, então, esta pergunta: o condenado, no correr do cumprimento da pena, pode ser submetido a regime jurídico mais grave do que o contido na sentença condenatória?

O **status** de condenado se define no momento em que a sentença penal condenatória transitar em julgado. E mais. Aspecto importante: o regime da execução também é definido nesse momento! Em outras palavras: o **status** de condenado se regula pela legislação vigente na data do fato conforme sentença condenatória transitada em julgado. E qual sua extensão? Esta pergunta é fundamental! Confere-lhe intocabilidade (salvo se lei se evidenciar mais favorável ao réu)! Tecnicamente: define-se a *relação penal condenatória*! *Formalmente*, é a espécie de sanção prévia à prática de delito. *Materialmente*, o conteúdo normativo dessa sanção! A pena, na espécie, e na execução, deve existir previamente a conduta delituosa. A pena não é mera forma. Ao contrário, encerra conteúdo. E mais. Conteúdo de espécie e de execução. O art. 33 do Código Penal socorre essa afirmação: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Disposição coordenada com a norma do art. 33, § 1<sup>o</sup>, do Código Penal.

O Réu tem direito à pena individualizada, bem como a execução conforme o regime vigente à data da prática da infração penal condenatória.

O art. 1<sup>o</sup> da Lei n. 7.210/1984, aliás, é categórico: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal...”

Em outras palavras: *a sanção penal é instituto jurídico de conteúdo a teor do disposto no art. 33 do Código Penal.*

A execução penal, por seu turno, efetivará as disposições de sentença, ou decisão criminal a fim de proporcionar condições para a harmônica integração social de condenado e do internado (Lei de Execução Penal, art. 1<sup>o</sup>).

A condenação penal, assim, quanto à espécie de pena e da respectiva execução, é definida na sentença condenatória transitada em julgado, consoante a legislação vigente na data do fato delituoso. Insista-se: o tipo penal encerra a conduta vedada e a respectiva sanção!

Em conseqüência, o condenado não poderá ser submetido a outro regime. A Lei de Execução Penal integra a Lei Penal no tocante à dinâmica do cumprimento da sanção. Desse modo, também a LEP está submetida à lei de execução vigente na data da execução penal, a fim de preservar o condenado de não ser submetido a tratamento mais rigoroso.

Impõe-se, por isso, para aplicação de — *regime disciplinar diferenciado* — considerar a lei penal e a lei de execução penal *vigentes à data do fato delituoso!*

O art. 52 da Lei n. 7.210/1984, enseja “sanção disciplinar”, conforme redação originária. A Lei n. 10.792/2003 alterou-a para acrescentar o — regime disciplinar diferenciado.

O complexo normativo brasileiro, entretanto, por interpretação lógico-sistemática, de conteúdo constitucional, impõe restrições ao novo sistema de execução da pena!

Em primeiro lugar, a sentença penal condenatória transitada em julgado, antes de 1<sup>o</sup> de dezembro de 2003, insista-se, porque definiu o **status** de condenado, prevalece à nova legislação, se mais favorável ao condenado.

Em segundo lugar, o “preso provisório”, ainda “que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1<sup>o</sup>) e “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento de participar, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando” também tem o benefício da legislação menos severa. Insista-se: a data da prática do fato delituoso como infração penal é a referência de aplicação, por imperativo constitucional.

Enfim, o RDD, no que evidenciar maior severidade, em confronto com a legislação em vigor, na data do fato definido como ilícito penal, não pode ser aplicado! Assim determina o disposto no art. 1<sup>o</sup> do Código Penal — “Não há crime sem lei anterior que o defina. *Não há pena sem prévia cominação legal!*”.

**Legem habemus!** Não se pode olvidar, ademais, o conteúdo das normas (análise em outro estudo), a fim de ser preservada a dignidade da pessoa humana!

RESERVA DE RESPONSABILIDADE CIVIL  
FAMÍLIA

## **Responsabilidade civil no Direito de Família**

**Ruy Rosado de Aguiar**

...ora, mais e mais  
lução, ao fim o D  
autonomia  
... de mais

## RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

**Ruy Rosado de Aguiar**

– Ministro do Superior Tribunal de Justiça, aposentado.

– Mestre em Direito Civil – UFRGS.

– Pós-graduado – Especialização em Direito Penal pela UFRGS.

1. O tema relacionado com a responsabilidade civil no Direito de Família tem, mais do que outros, o sentido da bipolaridade, podendo ser visto de pontos antagônicos sob mais de um aspecto.

Começo por lembrar que são dois os valores constitucionais em confronto. De um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que deve ficar protegida de qualquer agressão, idéia que se expande também para o Direito privado e tem vigência no Direito de família. Neste, a necessidade de proteção da dignidade do membro da família, como pessoa, pode entrar em conflito com o interesse da entidade familiar, pois uma norma-objetivo atribui ao Estado o dever de preservar a família, instituição social valiosa, “base da sociedade, que tem especial proteção do Estado” (art. 227). Esse fim (proteção da família) por certo fica dificultado ou pelo menos abalado com a possibilidade de pleitos judiciais entre os cônjuges, reparatórios de ofensas e prejuízos, ou entre pais e filhos, litígios que podem ir desde a definição da filiação à conservação do nome.

A seguir, surge uma segunda ordem de fatores divergentes. Como facilmente se percebe das alterações do nosso ordenamento nos últimos quinze anos, o Direito Civil cada vez mais se constitucionaliza, mercê das inúmeras disposições inseridas na Carta, cujos muitos princípios, regras e políticas dizem diretamente com o Direito privado. Nessa linha, o Direito de família se abre a considerações de ordem social e mostra uma tendência à “socialidade”, de que nos fala o Mestre **Reale**. Porém, o ordenamento tende a deixar cada vez mais a critério das pessoas a decisão sobre o casamento e sua dissolução, amplia o direito do filho, e nesses pontos reforça o individualismo e a autonomia da vontade; o interesse predominante passa a ser o da pessoa, não o da entidade familiar.

De sua vez, — e este é o terceiro fator da contradição entre as forças que orientam o estudo do Direito de família, — o posicionamento da pessoa como centro da ordem jurídica não se harmoniza com a regra do Código Civil que prescreve: o casamento “estabelece comunhão plena de vida” (art. 1.511). Essa regra de integração absoluta já estava no Gênesis e era aceita no antigo Direito inglês, segundo o qual a unidade resultante do casamento fazia com que “o marido e a mulher são uma única pessoa em Direito. Assim, o ser ou a existência legal da mulher se suspende durante o matrimônio ou, ao menos, se incorpora e consolida na do marido”, conforme observava **Blackstone**, no século XVIII. Nessa idéia de plena integração, o princípio da supremacia da pessoa, sobre o qual se fundamenta o pedido indenizatório para reparação de toda ofensa à pessoa, se mostra incompatível com aquela velha concepção sobre o **consortium** e, também, com a unidade de vida descrita no art. 1.511 do Código Civil, que significa menos do que a idéia antiga, mas que sempre representa uma espécie de integração. Ou há uma unidade plena de vida, com supressão ou limitação de demandas entre os conviventes, ou bem se resguarda a integridade da pessoa, inclusive com o incentivo a demandas judiciais indenizatórias.

Ainda lembro que o casamento, visto como instituição, — cujas regras não são alteráveis pelos cônjuges, que por isso mesmo se submetem ao seu regramento, não ampliável por disposição judicial, — é diferente do casamento concebido como contrato, a que seriam aplicáveis supletivamente as regras do Direito das obrigações, entre elas as que dispõem sobre a obrigação de indenizar o dano.

Por fim, o nosso tema se situa no vértice de duas tendências modernas: — de uma parte, a ampliação do instituto da responsabilização civil, cujo eixo se desloca do elemento *fato ilícito*, para cada vez mais se preocupar com a reparação do *dano injusto*, qualquer que seja a sua natureza e o ambiente onde ocorra, o que facilita o deferimento do pedido de indenização; — de outra, a abstração do elemento culpa para a separação e o divórcio, o que elimina a possibilidade de incidência do instituto da responsabilidade subjetiva nessas situações. Quer dizer: a dissolução da relação conjugal é momento propício para aflorar pedidos indenizatórios, cujo deferimento está hoje facilitado com a importância que se atribui à demonstração do dano injusto, mas o modo pelo qual se resolve a separação ou o divórcio inibe qualquer exame de elemento subjetivo, a afastar eventual pedido de reparação. Já a extensão que cada vez mais se concede à responsabilidade objetiva não se

ajusta à situação familiar, onde o normal será a exigência de fator de atribuição de natureza subjetiva.

2. Acredito que a presença dessa questão na doutrina e na jurisprudência, sempre com maior intensidade, decorre da preocupação com o tema da dignidade da pessoa humana, “núcleo duro” do sistema constitucional de 1988, parâmetro para a interpretação do sistema.

Como observou **Judith Martins Costa**, “o conceito de dano não é dado, mas construído”, modificando-se no mesmo passo em que a comunidade altera sua idéia do que deva ser juridicamente protegido; lembrou a participação da psicanálise, algum tempo atrás, e da Internet, nos dias de hoje, como fatores determinantes da mudança de concepção dos interesses que podem ser violados e, por consequência, do próprio conceito de dano (“Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação”, RT, 789/21).

Para o que nos interessa, “a reconstrução do conceito de pessoa” serviu para estimular o estudo dos direitos da personalidade e da sua ofensa. Nesse novo tempo, continua a ilustre professora, passou “o Direito a construir princípios e regras que visam à tutela dessa dimensão existencial, não patrimonial, mas ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana e daquilo que é o seu atributo específico, a qualidade de ser humano.” (Bioética e dignidade da pessoa humana, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 18/160).

A idéia de pessoa vem acompanhada da dos direitos da personalidade, aqueles “que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana” (**José Oliveira Ascensão**, “Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro”, For. 342/125). São os direitos que visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física, no dizer de **Carlos Alberto Bittar Filho** (“Tutela da personalidade no atual Direito brasileiro”, ver Inf. Legislativa, 125, 46), e também a integridade psíquica, a privacidade, a imagem, o nome, a criação intelectual, e se estendem para o campo da bioética.

Na medida em que se alcança a exata compreensão do conceito “dignidade da pessoa humana” e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondentes “direitos da personalidade”, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a

existência do dano (ver sobre isso: **Carlos Fernández Sessarego**, “*Protección a la persona humana*”, *Ajuris*, 56/87, que refere o dano psíquico, o dano biológico, o dano ao projeto de vida etc). E essa constatação é importante no Direito que trata da família, a menor célula social em que a pessoa convive, porque no seu seio sempre se deu prevalência à instituição da família, ainda que com sacrifício eventual do interesse da pessoa.

O principal enunciado da Constituição, hoje, não enaltece a subordinação da pessoa aos interesses da família, mas sim realça o valor da pessoa humana que participa da família, os cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes, ainda que isso possa afrouxar o laço familiar. Enquanto a legislação do início do século XX criava presunções absolutas sobre a paternidade e impedia a busca do seu reconhecimento, ou de sua negação, para a proteção da família, a tendência de hoje, para atender ao princípio da dignidade da pessoa, no qual se inclui o direito de saber quem são os pais e quais são os filhos, é a de admitir as ações que levam à verdade real, com o estreitamento das hipóteses de decadência e flexibilização do princípio da coisa julgada.

Nessa linha de entendimento, é preciso aceitar, em primeiro lugar, a possibilidade de incidência imediata dos princípios constitucionais sobre as relações de Direito privado, inclusive as familiares (ver, sobre isso, **Joaquim de Souza Ribeiro**, “Constitucionalização do Direito Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, 1998, LXXIV, p. 729; **Gustavo Tepedino**, “Temas de Direito Civil”, p. 50; **Maria Celina Bodin de Moraes**, “A caminho de um Direito Civil constitucional”, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 1/59; **Luis Afonso Heck**, “Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil”, *Revista da Fac. Dir. da UFRGS*, 16/111; **Ingo Wolfgang Sarlet**, “Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 205 e seguintes; **Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk**, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil”, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 87).

Em segundo lugar, é preciso buscar critérios de hermenêutica para a solução dos conflitos que surgem com a colisão dos princípios (**Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco**, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, pp. 241 e seguintes; **Maria Celina Bodin de Moraes**, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 105). E, nesse ponto, há de se concluir com a doutrinadora por último citada: “O único princípio capaz de



dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os elementos contrapostos, se encontre.”

3. Feitas essas considerações de ordem genérica, devo estabelecer algumas classificações, para o efeito deste estudo, que se limita ao exame da responsabilidade entre os cônjuges ou companheiros:

(a) quanto ao fato gerador da responsabilidade, pode ele ser a infração cometida pelo cônjuge *durante* a convivência, ordinariamente prevista como causa da separação ou do divórcio; ou constituir-se no dano *decorrente* da separação ou do divórcio;

(b) ainda quanto ao fato gerador, pode ele estar *tipificado* na lei, ou decorrer da aplicação da *cláusula geral* de responsabilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição legal tipificadora;

(c) os atos ofensivos podem ser os que se caracterizam como *fato ilícito absoluto*, e o seriam em quaisquer circunstâncias da vida civil, ou fica seu conceito restrito aos atos contrários às *disposições do Direito de Família*, na regulação das relações entre os cônjuges;

(d) os danos podem ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial;

(e) do ponto de vista subjetivo, os danos a considerar podem ser os praticados *pelos cônjuges*, um contra o outro; os praticados *por terceiro* contra um dos cônjuges ou companheiros;

(f) pode haver o *prejuízo por ricochete* ou reflexo, de que nos fala **Clovis do Couto e Silva**: “Os casos mais comuns relacionam-se a alguém que tenha sofrido um dano que o impede de pagar alimentos a quem deveria fazê-lo, seja em razão de lei, seja por motivo de casamento. Se existir um vínculo de parentesco do qual decorre o direito de haver alimentos, admite-se a existência do direito de requerê-los em juízo” (“O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”, in *O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis Verissimo do Couto e Silva*, p. 217).

(g) a responsabilidade seria extracontratual para os que vêm no casamento uma instituição; seria contratual, se definido como contrato;

(h) a inocência do cônjuge tem sido exigida por alguns como condicionante do direito à indenização;

(i) a finalidade da condenação à reparação do dano pode ser apenas para a cobertura dos prejuízos ou pode se estender para atingir também a finalidade sancionadora.

4. Os sistemas para o tratamento dessas questões podem ser sumariamente classificados entre:

— os que *admitem amplamente* a responsabilização por danos materiais e morais causados pelo cônjuge contra o outro, seja por ofensas anteriores à separação, seja pelo dano que decorre da separação ou do divórcio;

— os que *negam peremptoriamente* a possibilidade dessa ação;

— em *posição intermediária*, há os que admitem a responsabilidade por ato do cônjuge, com restrições quanto à natureza, ao fato gerador e à gravidade do prejuízo.

5. O estudo do Direito comparado evidencia a diversidade de tratamento dispensado ao tema.

- No direito anglo-americano, a partir da idéia de **consortium**, segunda a qual, pelo matrimônio, o marido e a mulher são uma única pessoa em Direito, com o que se inadmitia qualquer reclamação entre eles, evoluiu-se para a *Law Reform (Husband and Wife)*, 1962, na Inglaterra, e o *Married Women's Act*, nos EUA, que admitem ação de um cônjuge contra o outro pelos danos causados, por dolo ou culpa (**Prosser**, “*Handbook of the Law of Torts*”, 4<sup>a</sup> ed., pp. 860 e seguintes).

Na Espanha, “o princípio geral contido no art. 1.902 do CC, segundo o qual quem causa dano a outrem deve repará-lo, se aplica no âmbito das relações familiares, mas se constrói de forma distinta quando o dano é ocasionado nas relações entre os cônjuges e entre determinados parentes. Quer dizer, não existe imunidade, com o que não se rompe o princípio de que o causador do dano deve ressarcí-lo. O que ocorre é que a lei tipificou determinados danos, prevendo qual será a sua conseqüência. Portanto, o princípio geral se aplica através das normas que tipificam determinados danos” (**Encarna Roca I Trias**, “*La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*”, in “*Perfiles de la Responsabilidad Civil*”, **Juan A. M. Martinez**, Coordenador, Dykinson, 2000, p. 539).

Na vizinha República Argentina, a maioria da doutrina admite a reparação dos danos materiais e morais derivados do divórcio ou da separação, em si mesmos, assim como também autoriza ação indenizatória dos danos derivados de fatos que autorizam o decreto de divórcio (**Cecilia Grosman**, “*Daños derivados del proceso de divorcio*”, in *Nuevos Daños*, **Carlos Ghersi**, Coor-

denador, Hammurabi, pp. 391 e seguintes, com ampla exposição das diversas correntes).

Na França, **Jean Carbonnier** lecionava, ainda antes da reforma da legislação sobre a família: “Também se pode imaginar outros danos (além do desaparecimento do dever de auxílio) e assim o reconhece a Lei de 1941 que alude ao art. 301, segundo parágrafo, segundo o qual o cônjuge inocente tem direito ao ressarcimento do prejuízo material (não reparado mediante a pensão alimentícia) ou moral causado por dissolução do matrimônio. A lei se propôs a combater o divórcio mediante uma sanção moralizadora” (“*Derecho Civil*”, I/II, p. 189). Com a reforma de 1975, “segundo o art. 266, CC, o cônjuge autor da ação que deu causa ao divórcio pode ser condenado a reparar o prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento causou ao seu consorte; as causas que justificam o pagamento de indenização são idênticas às que existiam antes da reforma de 1975: isto é, ele poderá agir, por exemplo, pela perda de uma situação material interessante (prejuízo material) ou a desconsideração em um certo meio social (prejuízo moral) (**Claude Colombe**, “*La famille*”, PUF, p. 349).

O Professor **Fábio Siebeneichler de Andrade** resumiu as soluções encontradas em França, Portugal e na Alemanha:

“Do exame do regramento do problema no *Direito francês*, chegue-se à conclusão de ser preponderante a concepção de que o regime da responsabilidade civil abrange as relações entre os cônjuges, sem que se estabeleça uma distinção técnica entre o Direito de família e o Direito das obrigações”(...).

“Muito embora a jurisprudência portuguesa demonstre ter o cuidado de estabelecer contornos rígidos para a concessão do dano moral, também *em Portugal* é dominante a concepção de que a responsabilidade civil abrange as relações conjugais”(...)

“O direito de divórcio alemão baseia-se desde 1977 exclusivamente no princípio da ruptura conjugal. Isso significa, na prática, que não se examinam no Direito alemão fatores como a culpa de um dos cônjuges para a concessão do divórcio. O único pressuposto para o divórcio é, em essência, a constatação de fracasso da relação conjugal”(...) “Nestas circunstâncias, seria incoerente ao sistema que se previsse no âmbito do Direito de família o dever de indenizar o cônjuge culpado pela dissolução”. A responsabilização extracontratual está limitada ao dano a cer-

tos bens (vida, corpo, saúde, liberdade, propriedade, um Direito especial), entendimento que também dificulta a aceitação da sua incidência no âmbito do Direito de família. Nem o desenvolvimento dos estudos sobre o princípio de proteção aos direitos da personalidade tem sido aceito como fundamento para a responsabilização: “Considera-se que a perturbação do matrimônio não constitui uma causa da falência matrimonial, e, isto sim, um efeito. Em vista disso, no Direito alemão parte-se do princípio de que o reconhecimento do dever de indenizar constituiria uma limitação à esfera de liberdade de um dos cônjuges, que estaria constringido a manter-se vinculado ao regime matrimonial.” (“A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação por deveres pessoais entre cônjuges”, RT 802, pp. 11/26).

6. É difícil para o intérprete vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do Direito de família, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica, e até moral, além de considerar a evolução histórica de diversos institutos. Por isso, o seu estudo passa por distintos caminhos, todos eles confluentes para o encontro da resposta à seguinte indagação: *no âmbito do Direito de família, cabe a responsabilidade civil do cônjuge (ou companheiro) autor do dano?*

Para essa resposta, devemos atender a que o fato pode ser ilícito absoluto, ou apenas infração a dever conjugal, familiar ou sucessório; o fato pode estar tipificado na lei, ou não; a lei definidora da conduta pode ser civil ou criminal; o autor pode ser cônjuge ou companheiro que atinge a vítima na posição que lhe decorre do Direito de família; o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; o dano pode ser específico, por atingir direito regulado no Livro da Família ou das Sucessões, ou constituir-se em dano a Direito assegurado genericamente às pessoas, assim como disposto no art. 186 do Código Civil; a consequência da infração ao direito pode ser a sanção prevista na norma de Direito de família, ou a reparação aplicada de acordo com as regras próprias do instituto da responsabilidade civil, assim como disposto nos arts. 944 e seguintes, com ou sem aplicação cumulativa.

Deve ainda ser ponderada a colisão de princípios, a exigir ou não, conforme a posição a ser adotada, tratamento diferenciado na solução das diversas hipóteses.

7. Exponho, de modo sucinto, os argumentos que são apresentados, de parte a parte, no exame da questão.

*Os que respondem negativamente à indagação costumam aduzir:*

- não há previsão legal para esse tipo de imputação;
- a tendência do Direito de família é a de reservar a dissolução do casamento à livre disposição das partes, o que seria contrariado com a condenação de uma delas pelos danos causados à outra;
- a preocupação com a negociação entre as partes envolvidas com as questões de família fica comprometida com o incentivo à ação indenizatória;
- a tese afirmativa em nada contribui para a melhoria das relações familiares, não elimina nem diminui o número de separações, não beneficia os filhos;
- ao contrário, a sua aceitação seria motivo de discórdia entre os casados, entre pais e filhos, contribuindo para o esfacelamento da harmonia familiar;
- a violação aos deveres familiares gera sanções específicas, previstas no âmbito do Direito de família, sendo-lhe inadequada a extensão das disposições sobre responsabilidade civil;
- o casamento é uma instituição, e como tal não se afeiçoa à aplicação analógica de normas do Direito das obrigações;
- há preceito ético que afasta a possibilidade de o cônjuge atingido pelo adultério do outro procurar ressarcimento para “cobrar-se do preço de sua honra”;
- não cabe indenização pela dissolução do casamento porque no sistema que o admite amplamente, a hipótese é sempre uma alternativa a considerar por quem pretende casar-se, pelo que não pode depois pleitear indenização pelo que o ordenamento prevê e admite como solução adequada para vencer a crise conjugal;
- o casamento existe em razão de uma relação afetiva, cujo rompimento não pode ser objeto de indenização pecuniária;
- a infração do cônjuge às regras do casamento pode ser a conseqüência de causas de ordem afetiva e psicológica postas pelo outro, sendo absolutamente inconveniente que o Direito ingresse nessa seara de ordem pessoal e íntima para avaliar danos e ressarcir-los com pecúnia.

*Os partidários da responsabilização ponderam:*

— o Direito moderno preocupa-se com o respeito à pessoa humana e com a pronta responsabilização dos que a ofendem; para isso, a responsabilidade civil é instrumento eficaz;

— a obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos;

— o familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar;

— a falta de previsão genérica para o Direito de família não impede a incidência, além das regras específicas, do instituto da responsabilidade civil;

— a separação ou o divórcio pode ocasionar danos próprios, que não são ressarcidos com as conseqüências previstas no Direito de família; a condenação em alimentos, que mais se aproxima dessa idéia, tem outro fundamento e diferente propósito;

— a indenização deve atender tanto aos danos ocorridos durante a convivência, dando causa à separação, como também aos provenientes da separação em si, com a dissolução do vínculo;

— a indenização deve contemplar, além do propósito reparatório, também a finalidade sancionadora.

8. O sistema legal brasileiro não dispõe de regra geral, como acontece em alguns códigos europeus, prevendo expressamente a indenização dos danos praticados contra o cônjuge.

Enumero regras do Código Civil de 2002 sobre condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito à indenização: art. 1.572; art. 1.573; art. 1.637; art. 1.638; art. 1.752; art. 1.774; art. 1.814; art. 1.995; art. 12.

Essas disposições legais referem-se a condutas que podem levar à responsabilização do seu autor, desde que presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil (ação ou omissão, dano injusto, relação de causalidade, fator de atribuição, que ordinariamente é a culpa em sentido lato).

9. A nossa jurisprudência inclui alguns precedentes sobre o tema (Ap Civ n. 5.97.155.167, 7ª CC TJRS, de 11.02.1998; Ap n. 14.156, Décima Quarta Câmara Cív, TJRJ, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho; Ap Civ n. 36.010, 17.3.81, do TJRS, na RT 560/178; Ac. da Segunda Câmara de Dir. Privado do

TJSP, de 23.01.1999, na RT 765/191, comentado por **Regina Beatriz Tavares da Silva**, em “Responsabilidade civil dos conviventes”, Rev. Bras. de Direito de Família, I/3/1999, p. 24; AI n. 136.366-4.1, da Sexta Câm. de Direito Privado do TJSP, Revista Bras. de Direito de Família, n. 7, 2000, p. 64; ver, sobre isso, “Dano moral e juízo de família”, **José Rogério Cruz e Tucci**, na Tribuna do Direito, out/2000, p. 12; Ap Civ n. 000.268.411-6/000, da Quinta Câmara Cível do TJMG, julgado em 06 de março de 2003, Rel. Des. Aluizio Quintão; Ap Civ n. 338.374-2/000, Sexta Câmara Cível TJMG, Rel. Des. Jarbas Ladeira; Recurso Especial n. 412.684/SP, Quarta Turma, de 20.08.2002, de minha relatoria; Ap Civ n. 70001046937, Nona Câmara Cível TJRS, de 28.11.2001. Rel. Des. Ana Lúcia Pinto Vieira; Embargos Infringentes n. 500360169, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, ac. de 05.05.1989, Rel. Des. Elias Elmyr Manssour).

Desses, menciono o mais antigo, que foi o voto-vencido proferido pelo Des. Athos Gusmão Carneiro, na Ap Civ n. 36.010, no TJRS, em 17.03.1981, deferindo a indenização em favor do cônjuge inocente:

“Rogo vênha para julgar procedente em parte a apelação. E o faço porque me parece que, em princípio, nos casos de separação contenciosa, é possível ao cônjuge inocente postular indenização a ser prestada pelo cônjuge culpado, quando os motivos da dissolução da sociedade conjugal são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral (...) No caso concreto, o desquite foi decretado por haver o marido cometido agressões físicas, sevícias, e ainda por injúria grave contra a mulher. Da agressão física não resultaram apenas as eventuais conseqüências no âmbito penal, nem apenas a indenização pelos prejuízos no âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em conseqüência da agressão, possa ter provocado. Tenho que a agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral, creio, impende seja ressarcido”.

Por último, transcrevo a ementa do *leading case* do STJ, no Recurso Especial n. 37.051/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17.04.2001:

“Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. ... 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso

em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem os danos morais.”

Os julgados mostram a grande divergência que lavra entre os tribunais, mas de sua leitura se percebe forte orientação no sentido favorável ao pedido de indenização por danos decorrentes de infrações ao dever imposto aos cônjuges e aos companheiros, com destaque para o acórdão do STJ, sendo que foram deferidos alguns pedidos de indenização pelo rompimento da relação.

10. Na doutrina, pode-se dizer, com alguma segurança, que a maioria se inclina pela admissibilidade da responsabilização no âmbito do Direito de família, como se colhe das seguintes fontes:

I - artigo de doutrina do ilustre advogado **José de Castro Bigi** (RT 679/46, de 1992);

II - lições de **Aguiar Dias** (“Da responsabilidade civil”, 2, n. 160), **Caio Mario** (“Instituições”, V/156), **Carlos Roberto Gonçalves**, “Responsabilidade Civil”, p. 69);

III - Yussef Said Cahali lamenta que a lei não tenha contemplado a hipótese de indenização pelos danos afligidos ao cônjuge inocente (“Divórcio e Separação”, 8ª ed. p. 953), mas no seu “Dano Moral”, p. 666, alude à crescente manifestação doutrinária favorável à tese da indenização do dano moral;

IV - **Belmiro Pedro Welter**, em “Separação e Divórcio” aceita a tese, nos limites que propõe (pp. 365 e seguintes); **Regina Beatriz Tavares da Silva**, no seu clássico “Reparação civil na separação e no divórcio” e no artigo acima citado; **Rolf Madaleno**, em “Divórcio e dano moral”, quando comenta acórdão do TJRJ, na Revista Brasileira de Direito de Família, n. 2, 1999, p. 59, e põe em evidência as limitações do pedido indenizatório, preconizando a imediatidade do pedido de indenização no caso de dano decorrente da separação; **Fernanda e Vitor Hugo Oltramari**, em “As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do Direito de família”, na Revista do Direito de Família, n. 13, 2002, p.53.

11. Feito esse breve esboço das questões que me parecem as mais relevantes para o exame da matéria, com referência ao direito comparado, à



nossa legislação, aos precedentes jurisprudenciais e à doutrina, posso propor algumas conclusões:

I - A colisão entre os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana e o da conservação da família e preservação da intimidade das pessoas deve ser resolvida de modo a que prevaleça a regra geral da responsabilização civil do autor do dano, ainda que o ato tenha sido praticado contra cônjuge. O fato de o casamento ou de a união estável não é causa eximente da responsabilidade civil, nem causa privilegiadora de isenção.

II - A existência do conflito de princípios exige que essa regra geral de responsabilidade seja aplicada com temperamento no âmbito do Direito de família, de modo a não destruir os outros valores em voga, que são os da proteção da família, da intimidade dos cônjuges, de respeito ao interesse dos filhos. Por isso, a ação somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa, a justificar que essas restrições sejam afastadas para permitir a justa indenização do ofendido.

III - Um bom critério é o de começar por admitir a indenização nos casos tipificados na lei como infração ao dever de cônjuge ou companheiro, desde que demonstrada a existência do dano material ou moral, e da gravidade do resultado. Além disso, como já observado por **Rolf Madaleno**, conveniente, no caso de pedido de indenização por separação, seja apresentado imediatamente após a separação.

IV - Considerando a peculiaridade de ser o casamento resultado de uma relação afetiva, o juiz há de evitar reconhecer a responsabilidade do cônjuge apenas porque se retirou da relação pelo desaparecimento do afeto, salvo quando a conseqüência dessa conduta é altamente lesiva, como no caso do noivo que abandonou a cerimônia religiosa do casamento, obrigando a noiva e sua família a mudarem-se da cidade, ou causadora de dano material.

V - A responsabilização pode decorrer de ato ilícito absoluto, nos termos dos arts. 186 e 187 do CC, ou de fato tipificado no direito de família ou no das sucessões. Assim, por exemplo, as lesões culposamente causadas na esposa, pelo marido, em acidente de trânsito, são atos ilícitos reparáveis, pelo que pode ser requerido o pagamento do seguro contratado pelo marido, para cobertura de tais situações.

VI - As regras do Código Penal são úteis para orientar a decisão sobre responsabilidade no Direito de família. Se no Direito Criminal é isento de pena o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio em prejuízo do outro, não seria adequado admitir-se ação civil para obtenção de indenização de dano moral por essa infração cometida pelo cônjuge na constância do casamento. Se na seara penal o Estado tem por inconveniente deflagrar processo, a mesma razão deve ser causa obstativa de tal demanda no juízo cível. De outra banda, nos casos em que a lei criminal agrava ou aumenta especialmente a pena, ou inclui como elementar do crime o fato de ser casado, essa também deve ser uma causa a influir na aceitação do processo civil de reparação do dano.

VII - O cônjuge que tenha sido julgado como o único culpado pela separação ou divórcio não tem o direito de pedir indenização por violação a deveres do casamento; mas não se pode eliminar a possibilidade de o cônjuge que também seja culpado pela dissolução vir a juízo pedir indenização contra o outro, também culpado, pelo fato a este atribuído.

VIII - A indenização deve reparar o dano material e também o extrapatrimonial.

12. Em conclusão, há de se admitir no nosso Direito a possibilidade de ser intentada ação de responsabilidade civil pelo dano a cônjuge ou companheiro, por ilícito absoluto ou infração a regra do Direito de família, (a) por fato ocorrido na convivência do casal, com infração aos deveres do casamento, ou (b) por dano decorrente da separação ou do divórcio, aceitas as restrições que a peculiaridade da relação impõe. Em especial, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização.



**Terras indígenas**

**Ilmar Galvão**

# TERRAS INDÍGENAS

**Ilmar Galvão**

— Ministro aposentado do STF

— Ex-Ministro do STJ

**SUMÁRIO:** 1. Origem. 2. Primeira lei de terras. Terras devolutas. 3. O indigenato. 4. As reservas indígenas. 5. Aldeamentos e reservas indígenas extintas. Redução das terras à condição de devolutas. 6. A Constituição de 1891. Terras devolutas que passaram aos Estados. 7. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. 8. Terras indígenas integrantes do domínio da União. 9. As terras indígenas na Carta de 88. 10. Marco temporal divisório. 11. Demarcação das terras federais que estão, ou estiveram, ocupadas pelos índios. 12. Audiência dos Estados e dos particulares no processo demarcatório. Obrigatoriedade. Conclusão.

## 1. ORIGEM

Encontra-se assente entre nós que, no Brasil, a terra pertenceu originariamente ao Estado, que a adquiriu pelo que se tem chamado de direito de conquista (cf. **J. O. de Lima Pereira**<sup>1</sup>, **Castro Nunes**<sup>2</sup>, **T. Brandão Cavalcanti**<sup>3</sup>, **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**<sup>4</sup>, **Rui Cirne Lima**<sup>5</sup> e o STF<sup>6</sup>).

Decorre, daí, por conseqüência lógica, que o domínio privado derivou do público.

A transferência, segundo **Rodrigo Octavio**<sup>7</sup>, deu-se, no início, por meio de grandes doações territoriais, permitindo-se aos primeiros donatários,

<sup>1</sup> **Da propriedade no Brasil**. Rio de Janeiro: Casa Duprat, 1932. p. 5-6.

<sup>2</sup> **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 159, 1971.

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

<sup>4</sup> **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro.

<sup>5</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 89.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 51.290. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*. RTJ 40/53.

<sup>7</sup> OCTÁVIO, Rodrigo. **Do domínio da União e dos Estados**. São Paulo: Acadêmica, 1924. p. 112 e ss.

por sua vez, dar e repartir as terras incultas, por doações e forais, conforme as leis do reino acerca das sesmarias.

Diante, entretanto, das exigências feitas pela lei para a concessão de sesmarias (medição, confirmação e cultura), muitos povoadores, para furta-rem-se a elas, sem mais preocupações, foram-se apossando das *datas* de terra de seu interesse, sem interferência dos governantes, uso esse que teve grande incremento após o advento do Império, a partir de quando não mais se concederam sesmarias.

## 2. PRIMEIRA LEI DE TERRAS. TERRAS DEVOLUTAS

A fim de regularizar a situação em que se encontrava esse ramo do serviço público, de molde a possibilitar a separação das terras públicas, ainda não ocupadas, das particulares, foi editada a Lei n. 601 de 18.09.1850 que, no art. 3<sup>o</sup>, definiu as terras devolutas, fazendo-o por exclusão, como sendo:

“§ 1<sup>o</sup> As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal; § 2<sup>o</sup> As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3<sup>o</sup> As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4<sup>o</sup> As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.”

Reconheceu, portanto, a referida lei, como terras de propriedade privada: a) as que se achassem no domínio particular, por efeito de qualquer título legítimo, e b) as havidas por sesmarias e outras concessões do Governo.

Entre as terras concedidas pelo Governo, antes da referida Lei n. 601/1850, contavam-se as terras ocupadas pelos índios.

Com efeito, trata-se de terras acerca das quais D. Pedro, Príncipe de Portugal e dos Algarves, como Regente e sucessor, determinou, “*para que os... Gentios... melhor se conservem nas Aldêas*”, pelo “Alvará do 1<sup>o</sup> de Abril de 1680”, **in verbis**:

*“Hei por bem, que sejam senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer*

*moléstia. E o Governador... assignará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem; e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Índios, primários e naturaes senhores dellas.” ... sustentando-se os Índios, a cujo favor se fizerem as ditas demarcações, no inteiro domínio e pacífica posse das terras, que se lhes adjudicarem para gozarem dellas per si e todos seus herdeiros.”*

### 3. O INDIGENATO

Por meio do Alvará sob enfoque — expedido inicialmente para o “Estado do Grão-Pará e Maranhão” e, posteriormente, estendido a toda a Colônia, por alvará de 08 de maio de 1758, de D. José, Rei de Portugal e Algarves — foi reconhecido aos índios o domínio sobre as terras por eles habitadas.

Trata-se, aí, da figura do indigenato que, diferentemente da ocupação, não estava sujeita à legitimação, visto cuidar-se de título congênito, ao passo que a ocupação era título adquirido, como esclarece **João Mendes Júnior**<sup>8</sup>, nestes termos:

“Não quero chegar até o ponto de afirmar, como **P. J. Proudhon**, nos **Essais d’une philos. populaire**, que — “o indigenato é a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial”; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o *indigenato* é um título congênito, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Conquanto o *indigenato* não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1.º de Abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou, na phrase de **Aristóteles** (Polít., I, n. 8), — “um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterir, depende de requisitos que a legitimem.”

<sup>8</sup> MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil e seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58.

Procurando traduzir o significado, para os índios, das terras por eles ocupadas, ou, mais precisamente, o espírito do indigenato, **Carlos Minc**, citado por **Luís Felipe Bruno**<sup>9</sup>, transcreve parte da resposta enviada ao Presidente dos Estados Unidos pelo Chefe da Nação Seattle, em face da proposta de aquisição de parte do território por eles ocupado, a qual, por oportuno, vale aqui transcrever:

“Como se pode comprar ou vender o firmamento, ou ainda o calor da terra? Tal idéia nos é desconhecida (...). Somos parte da terra, do mesmo modo que ela é parte de nós próprios. As flores, o urso e a água são nossos irmãos (...). Sabemos que o homem branco não compreende nosso modo de vida porque ele vê um estranho que chega de noite e tira da terra o que ele necessita (...). Trata sua mãe, a terra, e a seu irmão, o firmamento, como objetos que se compram, se exploram e se vendem (...) o seu apetite devorará a terra, deixando atrás de si só o deserto. (...) só de ver as vossas cidades, entristecem-se os olhos do pele vermelha. (...) o homem branco não parece estar consciente do ar que respira; como um moribundo que agoniza durante muitos dias é insensível ao mau cheiro (...). Tudo quanto acontecer à terra acontecerá aos filhos da terra (...) isto sabemos: a terra não pertence aos homens: os homens pertencem à terra” (América, 1854)”.

Em 03.06.1833, a Regência Trina, ao dar execução à Lei de 27.10.1831, “tomando em consideração que, com a extinção dos lugares dos Ouvidores das Comarcas, ...nenhuma providência se deu acerca da administração *dos bens pertencentes aos Índios...*”, houve por bem “encarregar a administração delles aos Juizes de Orphãos dos municípios respectivos, em quanto pela Assembléa Geral se não derem outras providências a tal respeito.” A disposição revela que os índios, então, conquanto contemplados com a titularidade das terras por eles ocupadas, já se achavam sob a tutela de um órgão público; primeiramente, dos Ouvidores das Comarcas e, ao depois, dos Juizes de Órfãos.

#### 4. AS RESERVAS INDÍGENAS

A Lei n. 601/1850, ao tempo em que excluiu dentre as terras devolutas as que haviam sido objeto de concessão, no art. 12, mandou reservar “*as que julgar necessárias: 1<sup>a</sup>, para a colonização dos indigenas*”.

<sup>9</sup> BRUNO, Luís Felipe. *Direito indigenista brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996. p. 44-45.

Assim, além das terras onde se achavam permanentemente localizados, cujo domínio foi reconhecido aos índios pela Coroa Portuguesa, como *primários e naturais senhores* delas, restaram instituídas pela referida lei as reservas indígenas.

O Decreto n. 1.318, de 30.01.1854, que regulamentou a Lei n. 601/1950, dispôs, no art. 23, que “os que tiverem terras havidas por sesmarias e outras concessões... não têm precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos títulos...”, estabelecendo, ainda, nos arts. 72, 74 e 75, que “as terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto”.

Fora de dúvida, portanto, que essas terras, quer as da primeira espécie, quer as da segunda, enquanto habitadas pelos índios, não se incluíam entre as terras devolutas, visto, no primeiro caso, haverem sido reconhecidas pela Coroa como pertencentes aos índios, como “*primários e naturais senhores delas*” e, no segundo, terem sido destinadas ao usufruto dos aborígenes.

##### **5. ALDEAMENTOS E RESERVAS INDÍGENAS EXTINTAS. REDUÇÃO DAS TERRAS À CONDIÇÃO DE DEVOLUTAS.**

É certo que, ao longo do tempo, foi ocorrendo a extinção de antigos aldeamentos e, conseqüentemente, o abandono das antigas ocupações e reservas pelos indígenas, seja por haverem passado a integrar o meio civilizado, seja por efeito de expulsão e, mesmo, de dizimação, determinada, em alguns casos, por ordem do próprio Governo, como a contida nas Cartas Régias de 1808, 1809 e 1811, de D. João VI, contra os Botocudos<sup>10</sup>.

Na verdade, conforme observado por **Rodrigo Octavio**<sup>11</sup>,

“Em virtude... da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, que dispôs sobre terras devolutas e legalização das simplesmente possuídas, o Ministério do Império, por decisão de 21 de outubro do mesmo anno, mandou seqüestrar e incorporar aos próprios nacionaes como devolutas todas as terras concedidas aos índios que estivessem desocupadas.”

**M. Linhares de Lacerda**<sup>12</sup>, da mesma opinião, observa que

<sup>10</sup> OLIVEIRA SOBRINHO. *Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria*: o Decreto Legislativo, n. 5.484 de 1928. In: textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992. p. 101.

<sup>11</sup> OCTÁVIO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>12</sup> LACERDA, Manoel Linhares de. *Tratado das terras do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1960. p. 135.



“...são inúmeros os atos do Governo que mandam extinguir os aldeamentos de índios, vender as respectivas terras ou dar-lhes outro destino. São exemplos disso: o Aviso de 21 de outubro de 1850; o Aviso de 16 de janeiro de 1851; Ord. n. 44, de 21 de janeiro de 1856; e Avisos de 21 de abril de 1857 e 21 de julho de 1858. Acrescente-se o Decreto n. 2.672, de 20 de outubro de 1875; a Ord. de 18 de dezembro de 1852; os Avisos de 20 de maio de 1869; Aviso de 16 de agosto de 1858; art. 11, § 8<sup>a</sup> da Lei n. 1.114, de 27 de setembro de 1860 etc. ... Em 1878 nada menos de três Avisos de 8 de abril, 17 de maio e 21 de maio, ainda tratavam de extinguir aldeamentos de índios...”

Examinando-se os atos citados, verifica-se que, efetivamente, pelo primeiro deles, mandou o Ministro dos Negócios do Império, Visconde de Mont’Alegre, *“incorporar aos Próprios Nacionaes as terras dos Índios, que já não vivem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilisada”* (...), *“as quais se devem considerar como devolutas, e como taes aproveitadas na forma da Lei n. 601, de 18 do mez findo”*.

Já pelo Aviso de 16.01.1851, comunicou a referida autoridade ao Governador do Ceará que o Imperador mandou declarar que

*“...nenhuma providência se torna necessária relativamente às terras habitadas pelos Índios da Povoação de S. Benedicto, visto que, estando os mesmos Índios de posse dellas... não lhes he extensivo o sequestro e a incorporação aos Próprios nacionaes, ordenadas pelo Aviso de 21 de Outubro do citado anno, o qual somente comprehende as terras que forão dos Índios, e que não estiverem occupadas”*.

Pelo Aviso n. 100, de 21.07.1858, dirigido às autoridades da Província de Pernambuco, declarou-se à Tesouraria da Fazenda da referida Província que as terras de uma extinta aldeia de Índios no lugar denominado — Baixa Verde — Município de Villa Bella, *“são Nacionaes no sentido de devolutas, para serem applicadas na conformidade da Lei n. 601, de 18 de Setembro de 1850...”*

O Aviso n. 243, de 20.05.1869, de sua vez, advertiu competir ao Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas a *“legalização, administração e arrecadação das rendas provenientes dos aforamentos instituídos nas terras... que, tendo pertencido aos antigos aldeamentos, se achão occupadas por pessoas não descendentes dos Índios primitivos.”*

A Lei orçamentária n. 1.114, de 27 de setembro de 1860, autorizava o Governo a aforar ou vender os terrenos pertencentes às antigas aldeias que estivessem abandonadas.

Pelo Decreto n. 2.672, de 20.10.1875, o Barão de Cotegipe mandou executar Resolução da Assembléa Geral, segundo a qual, “*O Governo fica autorizado para alienar as terras das aldeãs extintas...*”

Vê-se, portanto, que somente foram arrecadados, como terras devolutas, os aldeamentos extintos ou as reservas abandonadas, permanecendo o remanescente das terras da primeira espécie como de domínio dos índios e, as da segunda, como terras públicas afetadas a um objetivo de interesse público.

## **6. A CONSTITUIÇÃO DE 1891. TERRAS DEVOLUTAS QUE PASSARAM AOS ESTADOS.**

A Constituição de 1891, no art. 64, sentenciou:

“Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras...”

Resta insofismável que, ao dispor desse modo, não transferiu a primeira Constituição republicana, aos Estados, os aldeamentos indígenas que não se encontravam extintos e que, portanto, pertenciam aos índios e nem, tampouco, as terras das reservas indígenas, terras públicas que continuaram integrando o patrimônio da União, afetadas ao usufruto deles, visto sobre elas não haver incidido a norma do referido art. 64.

Muitos, entretanto, assim não entenderam, gerando toda sorte de abusos a visão equivocada de que as terras indígenas eram devolutas e que essas pertenciam aos Estados.

Já em 1902, em conferência na Sociedade de Etnographia e Civilização dos Índios, o renomado Professor **João Mendes Jr.**<sup>13</sup> deixava bem claro essa questão, afirmando que:

“Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas,

---

<sup>13</sup> MENDES JÚNIOR, João, *op. cit.*, p. 62.

isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1<sup>o</sup> de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, parágrafo 1<sup>o</sup>, do Decreto de 1854.”

Em lance seguinte (p. 64), reitera o insigne jurista, que empresta o nome a um dos mais importantes fóruns da Paulicéia, o mesmo entendimento, ao incluir entre os títulos originários de propriedade, no Brasil, **in verbis**:

“O das terras possuídas por hordas de selvagens collectivamente organisadas, cujas posses não estavam sujeitas à legitimação, visto que o seu título não era a ocupação, mas o indigenato (Alvará de 1<sup>o</sup> de abril de 1680)”.

Segundo a conceituada antropóloga, também de São Paulo, **Manuela Carneiro da Cunha**<sup>14</sup>,

“Houve, de maneira geral, uma confusão que se disseminou a partir de 1891, e, durante algum tempo, pensou-se que as terras indígenas como um todo houvessem passado ao domínio dos Estados. Na realidade, o que passou aos Estados foram as terras devolutas (artigo 64 da Constituição de 1891), entre as quais, como vimos, se contavam, desde 1887, as terras dos aldeamentos extintos. Mas nem as terras dos aldeamentos não extintos, nem as terras imemoriais indígenas podiam ser consideradas devolutas...”

Embora sem amparo legal, em muitos casos começaram-se a tratar... as terras indígenas como terras devolutas, prática que será reprovada com todas as letras no Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936, que incumbe ao Serviço de Proteção aos Índios de “impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem” (art. 3<sup>o</sup>, a).

Transcreve, a seguir, trecho de obra de **José Maria de Paula**, onde afirma o eminente estudioso dos direitos dos índios, que

“...passando ao domínio privado dos Estados as terras devolutas que recebera do governo imperial, é claro que somente transferiu a esse domínio as terras que realmente eram devolutas; subsistindo em toda a sua plenitude os direitos legalmente definidos ou adquiridos sobre a propriedade territorial, nos regimes anteriores. A incorporação, por

<sup>14</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 74-77.

parte dos Estados, ao seu domínio privado, como terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, **ex vi** da Constituição Federal de 1891, constituiu clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, a fim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés, de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considerá-las como suas e delas irem dispor, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações”.

Entendimento análogo, sustenta **Gilmar Ferreira Mendes**<sup>15</sup>.

De acentuar, ainda, que as terras dos aldeamentos que foram extintos a partir de 1891 permaneceram no domínio da União, como, aliás, reconhecido pelo Decreto-Lei n. 9.760/1946, que, em seu artigo 1º, **h**, considerou incluídas entre os bens imóveis integrantes do patrimônio federal

“...as terras dos extintos aldeamentos de índios... que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios e particulares.”

Não foi por outro motivo que a Lei n. 6.001, de 09.12.1973 (Estatuto do Índio), dispôs, no art. 21:

“Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal, reverterão... à posse e domínio da União.”

Na verdade, o Decreto n. 736/1936, no art. 3º, **a**, havia atribuído ao Serviço de Proteção aos Índios o dever de promover

“...os atos mais convenientes:

a) para impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem...”

## **7. AS CONSTITUIÇÕES DE 1934, 1937, 1946, 1967 E 1969**

A Constituição de 1934, a primeira a fazer referência aos índios, dispôs, no art. 129, nestes termos:

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. In: **Revista de Direito Público**. n. 86, p. 120-121.

“Art. 129. Será respeitada a posse da terra por indígenas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-la”.

Observa **Pontes de Miranda**<sup>16</sup>, comentando esse artigo:

“...respeita-se a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige a localização permanente... Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição”.

A Carta de 1937 manteve o dispositivo com pequena modificação do texto, **in verbis**:

“Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Sobre esse artigo, diz **Antônio Figueira Almeida**, transcrito por **Manuela Carneiro da Cunha**<sup>17</sup>:

“Os silvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizados em caráter permanente: não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica, tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois, esse direito, como que em usufruto, desde que eles não possam alienar suas terras. Essa proibição, porém, visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores” (**A. F. Almeida**. “A Constituição de 10 de novembro explicada ao povo”. Rio de Janeiro, 1940, DIP, p. 122).

A Constituição de 1946 reproduziu a norma, conquanto com outras palavras, no art. 216:

“Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Ainda segundo a conceituada antropóloga, acima referida<sup>18</sup>, assim comentou o dispositivo **Carlos Maximiliano**:

“Governos estaduais concederam título de domínio de terras públicas ocupadas por indígenas; espertalhões compraram-nas por irrisó-

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1934**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937. p. 348-349.

<sup>17</sup> CUNHA, **op. cit.**, p. 90.

<sup>18</sup> CUNHA, **op. cit.**, p. 92.

rias quantias e expulsaram os ingênuos silvícolas. Providencialmente, portanto, o estatuto de 1946 assegurou a permanência da posse, apenas, e assim mesmo com a vedação da transferência”.

E acrescenta, ela própria<sup>19</sup>:

“O ponto importante nos textos que precedem e que deve ser aqui salientado é que se trata do reconhecimento da posse imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade. Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos. É o que fica claro no comentário que **Themístocles Cavalcanti**, o futuro autor do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), faz sobre o artigo 216 da Constituição de 1946:

“A Constituição assegura aqui o **uti possidetis** das terras ocupadas pelos índios, com a condição de que não a transfiram. É o reconhecimento da posse imemorial dos donos da terra, dos sucessores daqueles que primeiro a povoaram... O princípio é auto-executável, reconhece um direito cuja medida e extensão dependem apenas da prova quando contestada judicialmente” (**T. Cavalcanti** – “A Constituição Federal comentada”, Rio de Janeiro, 1951).

**Pontes de Miranda**<sup>20</sup>, comentando o referido art. 216, adverte:

“O texto respeita a posse dos silvícolas, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente”.

Segundo, ainda, **Manuela Carneiro da Cunha**<sup>21</sup>,

“Em 1966, o Brasil promulga com o Decreto n. 58.824, de 14 de julho de 1966, após aprovação pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30 de abril de 1965, a “Convenção n. 107 sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, da Organização Internacional do Trabalho, adotada

<sup>19</sup> CUNHA. *op. cit.*, p. 93.

<sup>20</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1996*. v. 5. São Paulo: M. Limonad. 1953. p. 35.

<sup>21</sup> CUNHA. *op. cit.*, p. 94.

em Genebra em 26 de junho de 1957, e da qual era signatário. O artigo 11 da Convenção n. 107 estipula: “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente”.

Não obstante essa regra de Direito internacional, a Constituição de 1967 atribuiu o domínio das terras dos índios à União, ao assentar no art. 14:

“Art. 14. Integram o Patrimônio da União:

(...)

— as terras ocupadas pelos silvícolas.”

Na verdade, as terras permanentemente habitadas pelos índios, conforme já se viu, não foram transferidas aos Estados, como devolutas, pela Carta de 1891. Desse modo, no momento em que a Constituição Federal de 1934 definiu o indigenato como posse, ao mandar respeitar “*a posse das terras por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados*”, a rigor, considerou tais terras como de domínio da União.

A explícita declaração de que tais terras integravam o patrimônio da União, feita pela Carta de 1967, foi corretamente considerada por **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**<sup>22</sup> como destinada a

“...impedir que os Estados disponham dessas terras, alienando-as a civilizados, em detrimento dos indígenas.”

Nesse mesmo sentido **Gilmar Ferreira Mendes**<sup>23</sup>:

“...mesmo antes do advento da Constituição de 1967, já não subsistia dúvida de que as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União.”

(...)

Inegável, portanto, que o ato-fato de ocupação plenamente produzia, já no sistema constitucional vigente antes de 1967, dois efeitos jurídicos de capital importância: a) atribuía aos indígenas a posse sobre os imóveis ocupados, com todos os seus consectários; b) outorgava à União o domínio sobre as terras ocupadas pelos indígenas...”

<sup>22</sup> FERREIRA, FILHO. *Comentários à Constituição Brasileira*: Emenda Constitucional. n. 1, de 17 de outubro de 1969. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 65.

<sup>23</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 123.

Diante dessas conclusões, há de se admitir que as disposições contidas nos arts. 198 e 4<sup>o</sup>, IV, da CF de 1967/1969 apenas explicitam princípios integrantes do nosso Direito Constitucional positivo...”

## **8. TERRAS INDÍGENAS INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO.**

Não é, entretanto, qualquer posse indígena que há de ser considerada para o fim de caracterização do patrimônio público federal.

O saudoso Ministro **Victor Nunes Leal**, em voto proferido no RE n. 44.485, esclarecendo a importante questão, adverte:

“Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista do vocábulo; trata-se do **habitat** de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência.”

**Miguel Reale**, comungando nesse entendimento, ensina que muito embora o art. 186 tenha substituído a expressão “posse de terras de silvícolas que nela se acham permanentemente localizados” por esta outra — “posse das terras que habitam” —, é evidente que só integram o patrimônio da União aquelas glebas que podem ser consideradas “habitadas pelos indígenas, nelas se localizando com todas as características de uma tribo, sedentária, ou não”.

No art. 186, foi assegurada, aos índios, pela Carta de 1967,

*“...a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto dos recursos naturais e de todas as utilidades neles existentes.”*

Assim, o **uti possidetis**, gravado pela inalienabilidade, da Carta de 1934, foi substituído, na de 1967, pelo usufruto, instituto que conferia aos índios maior proteção.

A EC n. 01/1969 manteve as terras ocupadas pelos índios entre os bens da União e sob o regime de usufruto, nestes termos:



“Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

### **Segundo Victor Nunes Leal<sup>24</sup>**

“Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o **habitat** dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.”

## **9. AS TERRAS INDÍGENAS NA CARTA DE 1988**

Nova alteração veio com a Constituição de 1988: no art. 20, XI, foi explicitado que o domínio da União é

“...sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”;

e, no art. 231, reconheceu a nova Carta, aos índios,

“...os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”;

aduzindo o § 2º que

*“As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.*

Por fim, no § 4º, ficou dito serem

*“...nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo...”*

Explicitou-se, portanto, que as terras habitadas pelos índios consideradas de domínio da União são aquelas por eles tradicionalmente habitadas e sobre as quais têm posse permanente.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16.443. In: Revista Trimestral de Jurisprudência.

Esse, aliás, o entendimento do STF, ainda sob a égide da EC n. 01/1969, conforme mostram os seguintes acórdãos:

**ACO n. 278/MT**

“Desapropriação indireta de imóvel para integrar o Parque Nacional do Xingu.

Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente.”<sup>25</sup>

**ACO n. 297/MT**

“Desapropriação indireta de imóveis pela criação da Reserva Indígena dos Kayabi.

Não consideradas as terras apossadas pela Funai **habitat** imemorial dos Kayabi, tendo-lhes a propriedade o Estado de Mato Grosso ao vendê-las ao autor e seus antecessores, legítimos os títulos de domínio do Autor, não podendo a União apropriar-se deles sem prévia desapropriação.

(...)”<sup>26</sup>

Certo, portanto, que as terras indígenas consideradas integrantes do domínio da União e sobre as quais passaram os índios, com a Carta de 1937, à qualidade de usufrutuários são aquelas objeto de ocupação permanente.

## **10. MARCO TEMPORAL DIVISÓRIO**

Mister, entretanto, estabelecer, no tempo, um marco divisório dessa ocupação, com vista à composição de eventuais conflitos de posse e, conseqüentemente, de propriedade.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária. n. 278. Relator Ministro Soares Muñoz. 1983.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 297. Relator Ministro Oscar Corrêa. 1985.

A tarefa não é difícil. Com efeito, se as terras dos índios, por não serem devolutas, não passaram para o domínio dos Estados com a Carta de 1891 e se a sua desafetação, após a promulgação da referida Carta, não teve por efeito senão sua incorporação ao domínio da União, logicamente, não pode ser outro o marco a ser fixado a não ser o advento da primeira Constituição republicana, sendo fora de dúvida que as terras então ocupadas pelos índios, seja por ocupação originária, seja por efeito da instituição de reserva, não decaíram do domínio da União.

Somente os aldeamentos que, então, se achavam extintos e que, por isso, já anteriormente passaram à categoria de terras devolutas, conforme acima demonstrado, foram transferidos ao domínio dos Estados.

A Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), por isso mesmo, assentou, obviamente em relação aos aldeamentos e reservas extintas após a CF/1891:

“Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão... à posse e ao domínio pleno da União.”

#### **11. DEMARCAÇÃO DAS TERRAS FEDERAIS QUE ESTÃO, OU ESTIVERAM, OCUPADAS PELOS ÍNDIOS.**

O que resta fazer, presentemente, é a demarcação dessas terras, como, aliás, prevê a Constituição de 1988 (art. 231), ato esse que não tem efeito constitutivo, mas simplesmente declaratório, como, de resto, estabelece o art. 25 da mencionada Lei n. 6.001, **in verbis**:

“Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas... independerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.”

Para tanto, faz-se necessário verificar se se está diante de terras ocupadas permanentemente por indígenas, isto é, que hajam sido objeto de ocupação originária por eles ou de reserva instituída antes da Carta de 1891, como, aliás, se depreende do texto do próprio art. 25 da Lei n. 6.001/1973, acima transcrito.

Se assim é, obviamente, não há considerar terra de índios aquelas em que se encontrem eles, em dado momento histórico, em caráter eventual ou por efeito de deslocamento recente.

O índio, na verdade, não está investido do poder de transformar em terra pública federal aquela em que vai pondo os pés, por efeito de eventuais perambulações, como se fossem os reis Midas dos tempos modernos, numa versão indígena e fundiária.

Extremamente valiosos, a propósito, os ensinamentos do mestre **Miguel Reale**, de que o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza a União Federal a estender **ad libitum**, por ato unilateral de puro arbítrio, a área que o art. 4<sup>o</sup>, IV, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, lhe confere.

## **12. AUDIÊNCIA DOS ESTADOS E DOS PARTICULARES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO. OBRIGATORIEDADE. CONCLUSÃO.**

De invocar-se, ainda, a advertência do saudoso Ministro Décio Miranda, em voto proferido no MS n. 20.215, julgado à luz da Carta de 1969, **in verbis**:

“O mau uso da utilização das benesses facultada pelo art. 198 da Constituição Federal desestabiliza toda a base de sustentação em que se fundamenta a sociedade brasileira — respeito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade — isto porque a falta de critério ou gabarito no estabelecimento das reservas ou modificações destas, com adoção de soluções simplistas, pretendendo desconhecer direitos legitimamente tutelados e desprezando princípios consagrados pela Constituição Federal, no que concerne a direitos e garantias individuais. O problema é tão alarmante que a segurança dos títulos dominiais, princípio que norteia a estabilidade social, mormente quando expedidos pelo Poder Público — União, Estados e Municípios — torna nulas face às malsinadas e constantes ampliações de reservas, eis que um título até então válido, justo título, passa, por arte de simples decreto, a se enquadrar nas condições previstas no art. 198, § 1<sup>o</sup> da Constituição Federal e, por mera propositura do órgão tutelar dos silvícolas, é encampada pela autoridade maior do Poder Executivo, nem sempre bem informada da real situação da área.”

Daí, a necessidade de os atos demarcatórios de tais terras serem precedidos de audiência dos Estados e dos particulares, confrontantes da área

demarcanda, a fim de virem, se for o caso, defender o seu direito, sendo irrecusável que antes do afastamento das eventuais dúvidas suscitadas não poderá haver homologação da demarcação, visto não se poder falar em homologação de litígio e nem, tampouco, em composição de controvérsia por meio de homologação, porquanto, conforme elementar lição de processo, “a homologação é ato com que o Estado confere eficácia ao que se deliberou, quanto à lide, no negócio jurídico processual”<sup>27</sup>. Se há conflito de interesse sem acordo, não há falar em homologação.

De outra parte, não é possível, em nosso sistema jurídico, privar os litigantes, ainda que em processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa, não havendo, ademais, como despojar o pretense proprietário de imóveis de seus bens sem o devido processo legal que, no caso, não é o processo administrativo, mas o judicial, dado ser a propriedade direito constitucionalmente assegurado, sendo representado, no caso de imóveis, pela transcrição do respectivo título no registro imobiliário que, no Brasil, goza da presunção de veracidade (art. 859 do CC), somente afastável a requerimento do interessado — mediante audiência do Ministério Público e desde que não resulte prejuízo a terceiro —, ou por sentença judicial definitiva (arts. 213 a 216 da Lei n. 6.015/1973).

Não foi por outro motivo que a Exposição de Motivos Interministerial n. 62, de 16.06.1980, editada com a finalidade de “estabelecer uma sistemática capaz de melhor operacionalizar e agilizar a análise de glebas destinadas a grupos indígenas”, recomendou, no item III.1, que se procedesse à “declaração de inexistência e ao cancelamento da matrícula e registro dos imóveis vinculados aos títulos que, incidentes em terra de posse imemorial dos índios, são nulos de pleno direito... face à presunção do art. 859 do Código Civil e pela Lei n. 6.015 de 1973, que dispõe sobre os registros públicos”, recomendando, ainda, que “...a declaração de posse imemorial dos silvícolas sobre determinada área deverá ser precedida de cuidadosos estudos, pela Funai, tendo em vista as conseqüências que essa declaração acarreta em relação aos civilizados acaso instalados nessas áreas”.

<sup>27</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 32.