





REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco



ISSN 1984-512X

REVISTA JURÍDICA

da Seção Judiciária de Pernambuco

**Número 1
2008**

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA
FILHO

Revisão de Texto:
SOFIA SIMPLÍCIO SILVA
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE
MIRANDA LUNARDELLI

Capa
MARCELO SCHMITZ

Juizes Federais Integrantes do Conselho
Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS
E SILVA NETO – Diretor do Conselho
Editorial
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA
CAROLINA SOUZA MALTA

Editoração Eletrônica:
LIGIA REGIS CAMINHA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.gov.br

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judi-
ciária de Pernambuco. n. 1 (2008) Recife, 2008

Anual

ISSN 1984-512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **José Baptista de Almeida Filho**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

Corregedor

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Diretora da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região

Desembargadora Federal **Margarida Cantarelli**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**

Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**

Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

Desembargador Federal **José Baptista de Almeida Filho**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Antônio Bruno de Azevedo Moreira
Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ricardo César Mandarino Barreto
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva
Marco Bruno Miranda Clementino
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
André Carvalho Monteiro
Francisco Glauber Pessoa Alves
Danielle Souza de Andrade e Silva
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto

Juízes Federais Substitutos:

Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Carolina Souza Malta

Gustavo Pontes Mazzocchi
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Gabriel José Queiroz Neto
Ivana Mafra Marinho
Marcelo Costenaro Cavali
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Vinícius Costa Vidor
Thalynni Maria Freitas De Lavor
José Moreira da Silva Neto
Guilherme Masaiti Hirata Yendo
Bruno César Bandeira Apolinário
Paulo Roberto Parca de Pinho
Amanda González Stoppa
Fábio Henrique Rodrigues de Moraes Fiorenza



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Juiz Federal Diretor do Foro..... 13

ARTIGOS

COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Ana Patrícia Lopes Farinha 15

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVIDADE E À SEGURANÇA EM PERSPECTIVA DINÂMICA

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 57

O CONTROLE DO VALOR ADUANEIRO E A SÚMULA 323 – STF

Edílson Pereira Nobre Júnior 75

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TURISMO

Eduardo Walmsley Soares Carneiro 87

REFLEXÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Frederico Augusto Leopoldino Koehler 131

SENTENÇA CONSTITUTIVA E EXECUÇÃO FORÇADA

Fredie Didier Jr. 160

POLÍTICOS CORRUPTOS, POLÍTICOS BANDIDOS E POLÍTICOS PERSEGUIDOS: A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E A MORALIDADE ELEITORAL

George Marmelstein 174

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA A TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Ivana Mafra Marinho 192

A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

Leonardo José Carneiro da Cunha 213

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: “JUSTICIABILIDADE” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
<i>Leonio José Alves da Silva</i>	228

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: 200 ANOS INDEPENDENTE	
<i>Milena Marcone Ferreira Leite</i>	259

AS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NATUREZA JURÍDICA E SUA REPERCUSSÃO NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	
<i>Ronaldo Pinheiro de Queiroz</i>	298

SEGURANÇA JURÍDICA E IRRETROATIVIDADE DA NORMA PROCESSUAL	
<i>José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier</i>	315

ASPECTOS CONTROVERTIDOS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	
<i>Vinícius Costa Vidor</i>	337

MEMÓRIA DA JUSTIÇA FEDERAL

“JUÍZES FEDERAIS JÁ EM FUNÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL”	
<i>(Diário de Pernambuco, 13/05/1967)</i>	353

“MINISTRO QUER INSTALAÇÃO IMEDIATA DA JUSTIÇA FEDERAL NOS ESTADOS”	
<i>(Diário de Pernambuco, 01/06/1967)</i>	354

“TÉCNICOS ESTUDAM ADAPTAÇÃO DE PRÉDIO PARA JUSTIÇA FEDERAL”	
<i>(Diário de Pernambuco, 21/06/1967)</i>	355

“INAUGURA-SE HOJE FÓRUM NEVES FILHO”	
<i>(Diário de Pernambuco, 11/12/1968)</i>	357

“JUIZ FEDERAL DETESTA A JUSTIÇA COMO ARMA DOS PODEROSOS”	
<i>(Diário de Pernambuco, 12/12/1968)</i>	358

DO SONHO À REALIDADE, UMA CASA DE JUSTIÇA	
<i>Desembargador Federal Petrucio Ferreira (Homenagem Póstuma)</i>	360

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária de Pernambuco concretiza um antigo sonho: a entrega de uma revista à comunidade pernambucana com artigos jurídicos de seus juízes federais, servidores e de estudiosos da área do direito. Pernambuco merece. Afinal somos um Estado de vanguarda na área das letras e dos temas jurídicos e berço de uma das duas primeiras Faculdades de Direito do País.

Temos a intenção de a partir deste número e dos que certamente irão se seguir de lançar pensamentos para semear idéias. Afinal dentro da nossa era as mudanças são fundamentais e acontecem de forma rápida com direta intervenção no processo de evolução.

Assim fechamos 2008 e iniciaremos um novo ano. Esta revista acompanha as mudanças que chegaram à Seção Judiciária de Pernambuco nos últimos anos. Crescemos. Saímos da capital rumo ao interior. Aumentamos o quadro de servidores e de Magistrados. Criamos um espaço memória. Agora entregamos o primeiro número repleto de significativos artigos jurídicos no aguardo de que os demais servirão para o aprimoramento da revista e do aumento do número de colaboradores.

Frederico José Pinto de Azevedo
Juiz Federal Diretor do Foro



COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Ana Patrícia Lopes Farinha

Analista Judiciário - Área Judiciária
Assessoria 22a Vara/PE

Sumário: 1. Introdução; 2. Coisa julgada; 2.1 Noções gerais; 2.2 Limites objetivos da coisa julgada; 2.3 Coisa julgada em matéria tributária; 2.4 Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária; 3. Norma x texto/enunciado; 4. Coisa julgada x nova norma jurídica; 5. Ponderação (ou colisão?) De princípios; 5.1 Noções gerais; 5.2 Segurança jurídica x isonomia; 5.3 Coisa julgada x livre-concorrência; 6. Coisa julgada em matéria tributária e controle de constitucionalidade; 6.1 noções gerais; 6.2 Declaração de (in)constitucionalidade pelo STF em controle concentrado; 6.3 Declaração de (in)constitucionalidade pelo STF em controle difuso; 6.4 Controle de constitucionalidade e mora do contribuinte; 7. Coisa julgada e súmula 239 do STF; 8. Coisa julgada e súmula 343 do STF em matéria constitucional; 9. Conclusão; 10. Bibliografia; 10.1 Livro; 10.2 Artigo; 10.3 Site jurídico

Resumo: Um dos grandes dilemas atualmente vividos pelo Direito Tributário brasileiro está no adequado tratamento que deve ser conferido à decisão judicial passada em julgado, estabelecendo aspectos ligados à constitucionalidade de normas tributárias. Os problemas encontram-se desde a definição da real importância que a coisa julgada em matéria tributária possui no que concerne às mudanças promovidas no estatuto jurídico, que deve direcionar no futuro a relação jurídica tributária até o alcance que decisões individuais de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas tributárias devem estabelecer, quando, em momento posterior, surgem pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário. O conflito de princípios como o da segurança jurídica, da isonomia e da livre-concorrência, é observado com frequência no trato da questão. Resta saber qual(is) destes princípios deve(m) prevalecer (ou não).

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada em matéria tributária e seus relacionamentos com a jurisdição constitucional e com a própria Constituição levantam uma série

de discussões. Isonomia, segurança jurídica e livre-concorrência são apenas alguns dos ingredientes desse controvertido fenômeno.

Apesar de tal discussão não ser nova, essas questões surgem em razão de recentes pronunciamentos do STF divulgados num contexto de cifras astronômicas, seja do lado do contribuinte seja do lado do Estado arrecadador. Há uma tendência a se *relativizar* a coisa julgada, quando se entende que a decisão é baseada em norma inconstitucional, no âmbito tributário, em situações nas quais normalmente ela não seria aplicável. Pior, invocando-se respeito à supremacia constitucional, desrespeitam-se diversos valores que ela contempla.

A coisa julgada, presente há muito nas Constituições brasileiras, foi, a partir da Constituição Federal de 1988, elevada a Direito-garantia constitucional. Direito-garantia porque, ao mesmo tempo em que a sociedade tem o direito de ver respeitada a coisa julgada, ela garante a certeza do direito, a segurança nas relações jurídicas daquela mesma sociedade.

Afirma-se que, só agora, este instituto tornou-se direito-garantia no Estado Democrático de Direito porque, na condição de garantia constitucional, objetiva proteger os direitos fundamentais. Sua missão é, além de impedir a retroatividade da lei, garantir a observância do princípio da certeza do direito.

Observa-se, na coisa julgada, ainda, um viés político, tendo em vista o interesse de que, a partir de determinado momento, a decisão judicial, justa ou injusta, fique imune a qualquer sorte de ataque. Em que pese entendimento doutrinário em sentido contrário, a justiça da decisão não produz tanta influência quanto à opção do legislador quando se diz que uma sentença transita em julgado.

A importância da coisa julgada extrapola os limites dos direitos internos, alcançando a seara das cortes internacionais. A título ilustrativo, Leonardo Nemer Caldeira Brant¹ ensina que:

*Constata-se, ainda, que os vetores positivo e negativo são igualmente complementares porque, nos dois casos, **a res iudicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra um apoio na necessidade social de solução da controvérsia jurisdicional e***

¹ Citado por Juraci Mourão Lopes Filho. **Relativização da Coisa Julgada no Direito Processual Tributário**. In: MACHADO², 2006: p. 228.

responde à necessidade de segurança jurídica. O interesse social justifica, portanto, a imutabilidade do dispositivo jurisdicional, a execução da sentença e a imutabilidade da decisão. (originais sem grifos)

É deste espírito, assim, que se reveste o presente estudo, o qual ensaia uma descrição sobre o controvertido fenômeno da coisa julgada especificamente relacionado à seara tributária, suas principais características, sua origem, seu procedimento, sua aplicabilidade, seus limites, suas vantagens, enfim, uma narrativa que tem por escopo transmitir ao leitor noções sobre o tema sem a pretensão de esgotar sua discussão.

2. COISA JULGADA

2.1 Noções Gerais:

A função jurisdicional, desempenhada pelo Estado-juiz, possui como característica principal o cunho terminativo na solução de conflitos sociais. Cabe à Jurisdição dar a palavra final acerca do litígio posto sob sua apreciação, atuando mediante a aplicação do direito substantivo atinente à espécie.

É nesse contexto que se encontra o instituto da coisa julgada. Atua ela como o instrumento responsável pela imutabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais finais. À coisa julgada deve ser atribuído um caráter prioritariamente prático e pacificador, vez que objetiva ela, basicamente, evitar um estado de perpétua incerteza.

Constitui fenômeno pertencente não apenas ao Direito Processual, mas, também, ao Direito Constitucional. Seu conceito legal, aparentemente impreciso, é traçado no plano infraconstitucional pelo art. 467 do CPC² e art. 6.º, § 3.º, da LICC³. As definições, em sede doutrinária, também são as mais diferentes.

² Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

³ Art. 6.º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...) §3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A coisa julgada, na verdade, constitui uma relevante qualidade da sentença: a da imutabilidade do comando que se exara no dispositivo da sentença. Este foi o entendimento propagado por Liebman⁴ em sua mais conhecida obra sobre o tema, na qual diferencia a autoridade da coisa julgada da eficácia da sentença. Senão, vejamos:

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, como um comando, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica.

(...). A sentença vale como comando, pelo menos no sentido de que contém a formulação autorizativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do comando que nasce da sentença.

Esse comando, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e do sistema dos recursos sobre que está o processo construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro comando, pronunciado também por um órgão do Estado. (...)

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir que o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e

⁴ Liebman, 2006: p. 50 e ss.

mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. (originais sem grifos)

Assim, por coisa julgada deve-se entender a imutabilidade que adquire a sentença transitada em julgado, não mais atacável por recurso. Daí ser mais preciso se falar não da inconstitucionalidade da coisa julgada, mas, sim, da decisão a que ela se refere, constituindo a “festejada” *relativização* nada mais que o afastamento da característica de imutabilidade para que se possa substituir uma decisão viciada por outra.

2.2 Limites Objetivos da Coisa Julgada:

No momento em que se trata dos limites objetivos da coisa julgada, há que se ter, sempre em mente, o caráter funcional da coisa julgada no sentido de garantir a permanência do pronunciamento judicial final, seja ele de que natureza for (declaratório, constitutivo ou condenatório).

Com efeito, o que é fundamental para a coisa julgada é garantir que o pronunciamento de mérito passado em julgado fique imune a qualquer tipo de ataque. É exatamente a coisa julgada que impede que um segundo processo, com o mesmo objeto de outro anterior, modifique a decisão anteriormente prolatada.

Os limites objetivos da coisa julgada são determinados pela identificação da causa de pedir e pela abrangência do pedido formulado (art. 468 do CPC⁵), assim como pela permanência do estado de fato ou de direito, no caso das relações jurídicas de trato continuado (art. 471, I, do CPC⁶), como se verá mais adiante.

⁵ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁶ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; (...).

Em outro dizer, a coisa julgada restringe-se a acolher ou rejeitar estritamente o que foi deduzido em juízo, mediante prévia solução das questões (pontos controvertidos de fato e de direito) trazidas pelas partes e com fundamento na causa de pedir invocada.

A análise dos fundamentos para as questões, que podem ser de fato ou de direito, é uma tarefa que precede logicamente a decisão do mérito da causa, e que, por tal razão, a influencia. Assim, as partes têm o ônus de indicar, oportunamente, os pontos que desejam que o juiz analise quando do seu pronunciamento.

Essas questões, uma vez proferida a sentença, e passada ela em julgado, não podem mais ser juridicamente invocadas para a mesma finalidade. Mesmo as questões não alegadas e, portanto, não constantes expressamente na sentença, não podem ser argüidas em novo processo que tenha o mesmo objeto do anterior em que já consta a tutela jurisdicional definitiva, a teor do disposto no art. 474 do Código de Processo Civil⁷.

Embora os fundamentos da sentença não transitem em julgado, estes são importantes para delimitar o alcance do dispositivo. Assim, por exemplo, se uma decisão afirma a inconstitucionalidade de uma determinada exação tributária, por afirmar que a mesma deveria ser arrecadada e fiscalizada pelo órgão X, e não pelo órgão Y, o fato de surgir lei posterior modificando as alíquotas desse tributo, sem alterar, contudo, a entidade arrecadadora, em nada modificará os efeitos da *res iudicata*.

Em suma, os efeitos (e a autoridade) da coisa julgada não estão apenas no dispositivo sentencial, mas na norma jurídica nela albergada, isto é, no comando regulador do conflito de interesses levado à apreciação do Judiciário. Tal comando resulta do conjunto de elementos fáticos e jurídicos debatidos no processo, em face dos quais o mesmo é proferido. Logo, o alcance da coisa julgada não deve ser aferido apenas por meio da análise da parte dispositiva da sentença, mas do conjunto dos elementos contidos nos autos, e que constituíram elementos perante os quais foi proferida a decisão judicial.

Nesta linha, Liebman⁸ esposou seu entendimento:

(...) É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido

⁷ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

⁸ Liebman, 2006: p. 63.

substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo. (originais sem grifos)

Ainda neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim vem se manifestando:

PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. SENTENÇA QUE, EM AÇÃO DECLARATÓRIA, RECONHECEU O DIREITO À CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS CREDORES DO ICMS. EFICÁCIA PROSPECTIVA DA COISA JULGADA. (...) 3. Conquanto seja de sabença que o que faz coisa julgada material é o dispositivo da sentença, faz-se mister ressaltar que o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do decisor, integram a res judicata, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença. Dessa forma, enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir, aquele comando normativo emanado na sentença, desde que esta transite em julgado, continuará sendo aplicado, protraindo-se no tempo, salvo a superveniência de outra norma em sentido diverso. (...). Conseqüentemente, em virtude da perduração do contexto jurídico em que proferida a sentença da ação declaratória, encontra-se albergado pela eficácia da coisa julgada o direito da recorrente à atualização monetária do saldo credor do ICMS. 7. Recurso especial provido⁹. (originais sem grifos)

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Tributária. Coisa Julgada. RESP n.º 795724 – SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de março de 2007. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

2.3 Coisa Julgada em Matéria Tributária:

A decisão judicial de natureza declaratória definidora do regime jurídico que deve reger a relação jurídica tributária se assemelha a uma *lex specialis*, ou seja, consiste na norma jurídica individual e concreta que regulará os fatos jurídicos sobre a qual o pronunciamento judicial se baseou na solução da demanda, prevalecendo contra a *lex generalis* existente no ordenamento jurídico. Acaso o demandante não limite, temporalmente, o alcance do pedido, a coisa julgada atingirá todos os fatos jurídicos tributários de idêntica natureza, apesar de ocorridos após a decisão declaratória ter passado em julgado.

Transitada em julgado decisão definindo judicialmente o regime jurídico a ser aplicado a determinados fatos geradores, a autoridade da coisa julgada projeta-se no futuro fixando um *modus operandi* entre Administração Tributária e contribuinte.

Assim, a decisão judicial transitada em julgado pela qual se define o regime jurídico da relação tributária, mediante o afastamento de normas tributárias por razões de inconstitucionalidade, consubstancia comando revelador de um modo de agir, com efeitos prospectivos desde que mantidas as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes à sua decisão. O capítulo a seguir trata deste tema.

2.4 Coisa Julgada e Relação Jurídica Continuativa Tributária:

Acerca da relação jurídica tributária continuativa, o Código de Processo Civil trouxe o art. 471, inc. I. Tal comando, cumprindo a missão de tentar adequar a coisa julgada ao tipo de relação material sobre a qual incidirá, volta-se à disciplina da coisa julgada diante de relações jurídicas aptas a sofrerem alteração mesmo após a sentença. É a denominada *relação tributária continuativa*.

Não se trata de uma coisa julgada *especial*, mas, sim, do instituto da coisa julgada atento às especificidades da relação de direito material sobre a qual vai incidir. Para bem fixar o exato alcance da imutabilidade determinada pelo trânsito em julgado e das conseqüências ligadas ao fenômeno da coisa julgada, mister a identificação precisa da relação jurídica material sobre a qual incidirá o provimento judicial.

Hugo de Brito Machado¹⁰, fazendo um paralelo com a relação instantânea, expõe, de forma bastante didática, o conceito de relação jurídica tributária continuativa:

*A relação tributária, ou relação jurídica que se estabelece entre o contribuinte, ou o responsável, e o fisco pode ser: a) **instantânea**, como acontece no caso de venda eventual de um imóvel, por exemplo, ou b) **continuativa**, como acontece com o contribuinte do ICMS, por exemplo.*

*No primeiro caso, o fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que se necessita para determinar o valor do tributo a ser pago, e o pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação obrigacional fisco-contribuinte. **No segundo caso, o fato tributável não é autônomo, no sentido de que, embora produza, isoladamente, o efeito de criar a obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.***

A relação jurídica tributária instantânea é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. (...)

***A relação jurídica tributária continuativa é peculiar aos tributos relacionados a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura.** (...). (originais sem grifos)*

In casu, como o fato juridicamente relevante é igual nas relações tributárias continuativas, protraindo-se no tempo, e a lei que incide e o qualifica é a mesma, a obrigação tributária resultante há de ser a mesma. Neste caso, portanto, a relação jurídica tributária tem existência continuada, embora seja dividida em períodos para fins de cálculo do montante do tributo a ser pago em cada um dos períodos sucessivos. Assim, a decisão que define a existência

¹⁰ Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade e de Legalidade em Matéria Tributária. In: Machado², 2006: p. 163.

e o modo de ser dessa relação há de ser a mesma, até que surja mudança, no fato ou no direito, capaz de alterar a relação jurídica que resulta desses elementos.

Desarrazoado o renitente entendimento do Fisco no sentido de que de cada fato gerador do tributo isoladamente considerado dê origem a uma relação jurídica autônoma. Admitir esse raciocínio levaria à conclusão de que, em relação ao ICMS, por exemplo, imposto cujo fato gerador é a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor, o contribuinte que obtivesse decisão judicial afirmando a não-incidência do imposto teria de promover ação judicial relativamente a cada saída.

Em outras palavras, o efeito da coisa julgada na relação jurídica continuativa faz imodificável a relação jurídica enquanto permanecerem inalterados os seus elementos constitutivos: a lei e o fato. Nada impede, todavia, mudança do elemento normativo formador da relação jurídica continuativa. Mudança que pode decorrer de alterações legislativas ou da declaração definitiva da (in)constitucionalidade da lei antes tida como (in)constitucional.

A autoridade da coisa julgada é a mesma, quer se trate de relação jurídica instantânea, ou relação jurídica de trato sucessivo. Contudo, pela circunstância de a continuativa projetar-se para o futuro, fica a sentença que a decidiu sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*.

De outro giro, surgindo posteriormente alteração no estado de fato ou de direito (v.g., alteração do fundamento jurídico em que se fundamentara o pedido) pertinentes àquela relação jurídica, a sentença será suscetível de revisão.

Por esta razão, quando o STF, no exercício do controle concentrado, declara a (in)constitucionalidade de uma lei, antes utilizada como fundamento por uma sentença que tenha transitado em julgado, altera o direito sobre o qual se fundamenta essa sentença, alterando (ou cessando), a partir dali, os seus efeitos para o futuro.

Ocorreu, desta forma, alteração do direito sobre o qual se fundou a sentença que regulava a relação de trato sucessivo. Sendo assim, a partir de tal alteração, a coisa julgada deixa de produzir efeitos em relação ao futuro.

Neste sentido, vale transcrever ementa bastante elucidativa relatada pelo Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO DOS

EFEITOS PRETÉRITOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, TENDO EM VISTA A POSTERIOR DECLARAÇÃO PELO STF, EM CONTROLE DIFUSO, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM QUE SE FUNDA. IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DAS NORMAS PELO SENADO FEDERAL. MODIFICAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO QUE FAZ CESSAR, DESDE A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO, AUTOMATICAMENTE, A FORÇA VINCULANTE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. *1. 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 apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro. 2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, 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. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF. 3. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação 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. 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. Nestes 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. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, ainda que pelo STF, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. Não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória.

5. A edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução das normas declaradas inconstitucionais, contudo, confere à decisão in concreto efeitos erga omnes, universalizando o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo, e acarretando, a partir de seu advento, mudança no estado de direito capaz de sustar a eficácia vinculante da coisa julgada, submetida, nas relações jurídicas de trato sucessivo, à cláusula rebus sic stantibus.

6. No caso concreto, tem-se ação ordinária por meio da qual se busca desconstituir os efeitos pretéritos da aplicação do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Uma vez esgotado, porém, o prazo para a propositura da ação rescisória, tal intento é inviável. 7. Recurso especial a que se nega provimento¹¹. (originais sem grifos)

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Tributária. Coisa Julgada. RESP n.º 686058 – MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

3. NORMA X TEXTO/ENUNCIADO

A palavra *lei*, no Direito positivo brasileiro, designa uma expressão formal do direito, produzida pelo Poder Legislativo, enquanto a palavra *norma* designa uma prescrição jurídica, independentemente de qual seja o seu veículo, e de quem a tenha produzido. Em outras palavras, a lei é um veículo da norma.

É comum a edição de lei veiculando diversas normas, algumas das quais já estavam exatamente iguais, em lei anterior. E pode ocorrer que uma ou algumas dessas normas tenham servido como fundamento de uma sentença que transitou em julgado, sentença esta na qual restará consignada a lei e seus correspondentes dispositivos.

Com efeito, sabe-se que norma não se confunde com ato normativo. Acaso se mude o ato normativo, mas seu sentido continue o mesmo, subsistirão os efeitos da decisão passada em julgado, que decorrem da norma, e não do ato normativo no qual ela é formalmente veiculada.

Daí por que o STF declara a inconstitucionalidade da norma sem redução de texto. O mesmo ocorre nas mudanças informais da Constituição (e de outros atos normativos), haja vista que o significado muda, embora o enunciado se mantenha o mesmo. Sobre o tema, o STF assim se pronunciou:

A norma jurídica, todos sabemos, nada mais é, na expressão do seu sentido e conteúdo, do que a sua própria interpretação.
*Daí a observação lapidar do eminente Professor Miguel Reale, para quem **a lei é a sua interpretação**¹². (originais sem grifos)*

4. COISA JULGADA X NOVA NORMA JURÍDICA

A coisa julgada alcançada num determinado caso não impede que o Poder Legislativo venha a exercer sua natural competência legislativa e editar norma que traga alterações na regulação de situações similares àquela já tratada pelo Poder Judiciário. Pode ocorrer, então, que, transitada em julgado decisão

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Norma Jurídica. ADIMC n.º 605 – DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de outubro de 1991. RTJ 145/466.

judicial, surja uma nova regulamentação da mesma matéria tratada na sentença que adquiriu a qualidade da imutabilidade.

Tais mutações, em face de relações de trato continuado, dependendo dos limites objetivos da coisa julgada, poderão ser consideradas como elemento novo e relevante capaz de modificar o que fora decidido no caso concreto.

Esse exame de compatibilização entre a nova norma e a anterior sentença (definindo que dados, essenciais ou transitórios, foram, de fato, alterados) é imprescindível para se investigar sobre eventual permanência da autoridade da coisa julgada ou não, mesmo após a edição daquela lei. A título ilustrativo, merece ser transcrito pensamento de Helenilson Cunha Pontes¹³:

Imagine-se o efeito de uma lei que altera a alíquota ou a base de cálculo de um tributo em relação a um contribuinte que possui em seu favor declaração judicial transitada em julgado reconhecendo-lhe a isenção ou imunidade desse tributo enquanto preenchidas certas condições (juízo sobre a realidade). Nesse caso, embora o parâmetro legal existente à época da propositura da ação judicial pelo contribuinte tenha sido alterado por norma superveniente, tal modificação no estatuto jurídico da relação tributária não tem o condão de afastar a eficácia da coisa julgada antes existente.

Destarte, se uma determinada lei, a pretexto de dizer-se nova, veicular a mesma norma (constante da lei anterior), que tenha servido de fundamento a uma sentença já passada em julgado, a pretexto de atingir-lhe elementos essenciais, não pode prestar a macular aquela coisa julgada. Lei nova que não traz alteração substancial das circunstâncias fáticas que deram ensejo à anterior coisa julgada, não pode atingir a essa, sob pena de se desrespeitar a própria garantia constitucional do instituto.

Mutatis mutandis, sobrevindo lei nova que venha a alterar o contexto normativo fundador da decisão passada em julgado, forçoso o reconhecimento da possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial. O Superior

¹³ Helenilson Cunha Pontes citado por Juvêncio Vasconcelos Viana. Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: Alguns Reflexos em Matéria Tributária. In: MACHADO², 2006: p. 288.

Tribunal de Justiça recentemente se manifestou no mesmo sentido. Senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. REJEIÇÃO. OMISSÃO ALEGADA. INOCORRÊNCIA IN CASU. (RECURSO ESPECIAL. COISA JULGADA EM RELAÇÃO À COBRANÇA DE IMPOSTO. ICMS. ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS. LEI PAULISTA 8.198/92.) 1. A sentença proferida em Ação Declaratória, desonerando o contribuinte do adimplemento de obrigação tributária prevista em lei, somente surte efeitos enquanto perdurar o contexto jurídico em que ela foi proferida. Sobrevindo alteração legislativa, e atendida a reserva legal tributária, sobressai óbvio que o preceito declaratório anterior submete-se à regra de direito intertemporal de que lei posterior revoga lei anterior, posto não ostentar feição normativa, incompatível com sua índole. (...). 5. Embargos de declaração rejeitados¹⁴. (originais sem grifos)

5. PONDERAÇÃO (OU COLISÃO?) DE PRINCÍPIOS

5.1 Noções Gerais:

Os princípios constitucionais veiculam normas protetivas de valores prestigiados pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição Federal).

Segundo Canotilho, citado por Emília Facchini¹⁵:

os princípios constitucionais são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial. Matéria Tributária. Coisa Julgada. EDRESP n.º 605953 – MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

¹⁵ Facchini, 1999: p.141.

E, ainda sobre o tema, Carmen Lúcia Antunes Rocha, também mencionada por Facchini¹⁶, ensina:

(...) Conteúdo de todas as regulações jurídicas, os princípios constitucionais consistem em ponto de partida e ponto de chegada de todas as interpretações das normas, meta do sistema posto. Então, o conteúdo de toda norma que o forma deve com eles se identificar, afirmando-se a sua validade pela sua coerência e compatibilidade com eles. (...)

Não se pode deixar de homenagear o pensamento do ilustre Carlos Maximiliano, o qual, citado também na obra da mesma autora¹⁷, leciona:

(...) O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. (...)

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto.

Assim, como a Constituição é um pacto, um compromisso que funde valores e interesses antagônicos, muitas vezes é necessário balancear princípios, conceitos, na busca da melhor solução.

O ordenamento jurídico fechado, sem lacunas ou antinomias, não passa de utopia. Diversas são as situações nas quais a colisão entre princípios constitucionais exige do intérprete a *flexibilização*, ou mesmo a priorização de uns princípios em detrimento de outros.

Sacha Calmon¹⁸ brilhantemente leciona que:

¹⁶ Idem, ibidem: p. 141-142.

¹⁷ Idem, ibidem: p. 147.

¹⁸ Coêlho, 2004: p. 38.

Hoje, se vê a Constituição como um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão, unidade essa que somente pode ser dada por meio de princípios, continuamente revistos, compreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é, necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito. Aparentam porque a compreensão profunda da Constituição é sempre buscada, sempre descoberta, de forma contínua.

É sabido que a Magna Carta não atribuiu aos princípios qualquer hierarquia ou peso. A opção pela prevalência de certos princípios, no exame de cada caso concreto, dificilmente será feita sem o emprego de alta dose de subjetivismo.

O ponto controverso relaciona-se com a verificação, para fins de posterior sopesar, dos princípios envolvidos em determinado caso concreto. De fato, a coisa julgada não constitui valor absoluto. Está sujeita a se *relativizar* em prol da convivência com outros valores de semelhante estatura. Convivência equilibrada entre princípios e garantias constitucionais deve ser o fim último de toda e qualquer interpretação jurídica.

A coisa julgada pode ser revisada quando confrontada com outros valores expressos na Constituição. É uma aplicação do princípio da proporcionalidade sempre à luz de um caso concreto.

A maioria dos princípios tributários tem por objetivo permitir a previsão de efeitos da prática dos atos dos particulares, a predeterminação do *quantum* a ser recolhido ao Estado, impedindo surpresas e afastando instabilidades. O processo que serve de instrumento de garantia desses princípios deve ser inspirado também nesses valores, daí por que a relativização da *res judicata*, no caso, deve ser cercada de cuidados, sob pena de se romper com o Estado de Direito.

Existindo um conflito entre princípios num dado caso em concreto, a harmonização/compatibilização (evitando-se o sacrifício total de uns em detrimento de outros), mediante o critério da proporcionalidade, é sempre preferível ao esmagamento de um ou uns deles.

O fato é que a busca à proporcionalidade não traz resposta fechada à questão. Não será tarefa fácil para o magistrado encontrar a adequada solução

ou verificar se é ou não o caso de, ali, adotar a relativização ou reconhecer a sentença inconstitucional. .

Contudo, é certo que, da função jurisdicional, exige-se razoabilidade, bom senso, discernimento e serenidade ao eleger, dentre os princípios constitucionais existentes, qual valor deve prevalecer em determinadas circunstâncias (segurança jurídica ou isonomia, por exemplo). É o que se verá nos tópicos seguintes.

5.2 Segurança Jurídica x Isonomia:

Um dos subprincípios constitutivos do Estado Democrático de Direito é o princípio da segurança jurídica. Tal princípio relaciona-se com os elementos objetivos da ordem jurídica, garantia da estabilidade jurídica e realização do direito.

A segurança jurídica não constitui tão-somente um elemento essencial do Estado de Direito, mas, também, um princípio garantidor da certeza jurídica. Sua finalidade é a estabilidade e a previsibilidade das decisões, que reconduz à certeza dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Trata-se de princípio que, nas relações jurídicas de Direito Público, como a tributária, representa exigência de respeito à boa-fé e confiança manifestada por contribuintes no cumprimento de normas impostas pelo Estado. Em outras palavras, o contribuinte não pode ser prejudicado por acreditar no Estado e este não pode aproveitar-se da própria torpeza criando, deliberadamente ou não, ardis normativos aos contribuintes.

De outro giro, é sabido que, na seara tributária, a capacidade contributiva constitui a sua espinha dorsal. É o critério de comparação que influencia substancialmente o princípio da igualdade. Critérios outros constitucionalmente válidos podem também presidir as exceções da proibição de discriminar entre iguais (pessoas que demonstram mesma capacidade contributiva). Todavia, o próprio texto constitucional mitiga a proibição de discriminar, quando estipula as imunidades, atendendo a outros valores.

Na extrafiscalidade, por exemplo, em muitos casos, a capacidade contributiva é posta de lado, total ou parcialmente. Nas isenções e demais benefícios fiscais, outorgados como incentivos, os destinatários do favor legal podem ser pessoas de grande capacidade econômica, o que, não necessariamente, representa quebra da isonomia. A própria Constituição Federal, no seu art. 150, § 6.º, prevê que nem sempre pessoas de mesma capacidade contributiva

estão submetidas ao pagamento dos mesmos tributos, porque casos especiais são permitidos, sem que se possa aí visualizar o arbítrio.

Conflito entre princípios é inerente a um sistema constitucional e, por tal razão, os possíveis embates entre a segurança jurídica (leia-se coisa julgada) e o princípio da isonomia deverão ser solucionados através do sopesamento de princípios (binômio razoabilidade/proporcionalidade).

Contudo, é certo que, no atual sistema constitucional brasileiro, não se pode desconsiderar o instituto da coisa julgada, sob pena de o juiz poder usar de arbitrariedades (subjetividade das decisões). O processo assegura direitos e, nesta condição, admite, tão somente, as exceções expressamente dispostas no ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil elencou as hipóteses de *flexibilização* da coisa julgada, nas quais se sobrepôs a busca pela verdade à certeza do Direito. São elas: ação rescisória (art. 485), ação de revisão (art. 471) e ação anulatória (art. 486). Na verdade, o que fez o CPC foi fixar os critérios de justiça que justificariam a *flexibilização* da coisa julgada no ordenamento jurídico em vigor.

Permitir a *relativização* da coisa julgada, além das hipóteses previstas no CPC, significaria admitir que o julgador pudesse estabelecer, a seu bel-prazer, os critérios de justiça que, sob a sua óptica, legitimassem a desconsideração da coisa julgada.

Com efeito, a coisa julgada tem por escopo a proteção de situações ligadas à certeza e à segurança do direito e não propriamente à promoção do princípio da igualdade, o qual tem outro momento e outro lugar no mundo jurídico para se expressar.

Ademais, a solução que implique a prevalência da coisa julgada sobre a isonomia não é contrária à livre-iniciativa e à livre-concorrência em razão da própria natureza do sistema de controle de constitucionalidade misto (difuso e concentrado) das leis em nosso país, como se verá mais adiante.

Não merece prosperar a impugnação de uma decisão transitada em julgado sob o fundamento de ofensa à isonomia, pelo simples fato de que, em um processo, um indivíduo obteve resultado diferente daquele alcançado por outro, em processo distinto. Isso se deve ao pluralismo social e político abarcado pela própria Constituição.

Exatamente por tal razão é que a solução que implica a prevalência da coisa julgada sobre a isonomia não constitui ofensa à livre-iniciativa ou à livre-concorrência, pois são institutos inerentes ao mercado, o qual possibilita

aos indivíduos buscar, livremente, meios juridicamente lícitos para prevalecer sobre a concorrência.

Assim, se uma empresa busca o Judiciário e obtém decisão que lhe confere melhores condições de concorrer em relação a outro que se quedou inerte ou que, por qualquer motivo inerente ao livre-convencimento do magistrado, não obteve o provimento no mesmo sentido, não se pode, absolutamente, obstar a fruição do bem da vida que lhe foi deferido mediante processo, sob o argumento do dever de igualar essas situações legitimamente desiguais.

A justiça material apenas será alcançada quando se respeitar a segurança jurídica, ensejando o STF registrar que *a segurança jurídica, como subprincípio do Estado Democrático de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material*¹⁹.

Freqüentemente, a vida confronta a segurança jurídica com a realização da justiça. No entanto, como advertiu Almiro do Couto e Silva²⁰:

quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material.

Ainda sobre o tema, veja-se o entendimento de Barbosa Moreira²¹:

Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta relativizadora não pode deixar de advertir-se da insuficiência para justificá-la, da mera invocação de eventual injustiça contida na sentença passada em julgado. Condicionar a prevalência da coisa

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segurança Jurídica. Pet-QO n.º 2.900 – RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2003. RTJ 186/190.

²⁰ Citado por Eduardo Fortunato Bim. Aspectos da Relativização da Coisa Julgada em Matéria Tributária: Ação Rescisória, Isonomia e Relações Continuativas. In: MACHADO², 2006: p. 96.

²¹ Citado por Daniela Silva Guimarães Souto. Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. In: MACHADO², 2006: p. 29.

ulgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redonda em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa.

No entanto, o direito estabelecido pela coisa julgada não poderia prevalecer para sempre, principalmente quando apareça entendimento posterior do órgão jurisdicional competente para dirimir a questão em última instância julgando que ele não tenha sido o correto. A segurança jurídica não impede a mudança, o progresso das instituições e nem é uma fonte de privilégios.

A afirmação de que a força da coisa julgada deve caracterizar pressuposto de verdade, certeza e justiça *ad aeternum* não tem respaldo. Não é a justiça ou injustiça da decisão que faz passar em julgado, é uma opção do legislador que indica um momento para pôr termo à disputa judicial. Normalmente, se escolhe um instante no qual já tenham as partes praticado todos os atos inerentes ao devido processo legal, o que mitiga, mas não elimina, a possibilidade de uma decisão injusta. Todo e qualquer sistema jurídico que contemple o instituto da coisa julgada admite, em certa medida, o trânsito em julgado de uma decisão injusta.

Desejar que uma ação judicial somente tenha fim com um desfecho justo é pretensão ingloria, até porque o que vem a ser justo é variável, subjetivo e relativo. Ademais, um processo que visa a afastar uma sentença injusta proferida em outro de forma alguma representa uma garantia de justiça. Nesse sentido, Ovídio Baptista ensina que²²:

(...) a “injustiça da sentença” nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim ad aeternum, sabido,

²² Citado por Juraci Mourão Lopes Filho. Relativização da Coisa Julgada no Direito Processual Tributário. In: MACHADO², 2006: p. 231.

como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, como também entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e pluralista.
(originais sem grifos)

Ademais, sabe-se que não existe uma única resposta correta a uma determinada questão jurídica. Isso não significa a inexistência de uma resposta melhor ou de uma absolutamente errada, mas o reconhecimento de que o sistema jurídico é aberto e de que não há verdades absolutas, havendo mudanças informais no entendimento jurisprudencial. A intersubjetividade do processo de interpretação e a sua pluralidade impossibilitam a compreensão unitária do direito.

Com efeito, o sistema jurídico não só permite como também está estruturado para soluções divergentes. A própria Constituição reconhece a inevitabilidade de decisões conflitantes sobre o mesmo diploma legal quando prevê como requisito do recurso especial a existência de decisões divergentes entre os tribunais (art. 105, III, c). O Código de Processo Civil também admite a existência de discrepância na aplicação do Direito, tanto que prevê vários institutos para tentar resolvê-la, como, por exemplo, a uniformização de jurisprudência, embargos infringentes e embargos de divergência.

Do exposto, tem-se que o único poder da coisa julgada seria evitar sua desconstituição como se a decisão nela cristalizada fosse uma aberração. Se nem o legislador constitucional derivado pode alterar a coisa julgada, com tanto mais razão uma decisão do STF ou do STJ.

Ademais, a decisão judicial transitada em julgado resulta de um processo no qual foram assegurados todos os direitos e garantias individuais, tais como universalidade da jurisdição, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, contraditório, ampla defesa, vedação da utilização de provas ilícitas e ilegítimas, proibição de tribunal de exceção, motivação das decisões etc.

Pensar de outra forma significaria que, ou se suprime a garantia da coisa julgada, ou se suprime a figura da jurisdição individual. Restariam apenas as ações coletivas e as ações de controle de constitucionalidade. As demais seriam inconstitucionais, porque potencialmente ofensivas à isonomia. É evidente o absurdo de qualquer dessas duas soluções.

Relativizar a coisa julgada exige temperamento e cuidado redobrado pois, do contrário, ter-se-ia a eliminação do próprio instituto, solução que daria à

isonomia plena e total eficácia, e à segurança nenhuma eficácia. Desproporcional, portanto. O proporcional é manter o respeito à coisa julgada, pois a ofensa à isonomia, em se tratando de situação isolada, situada no passado, é mínima.

Assim sendo, a *relativização* da coisa julgada (mediante a restrição temporal de sua eficácia), sem o seu desfazimento, em determinadas situações seria não apenas admissível, mas recomendável, impedindo-se que, em nome do valor segurança jurídica, fossem praticadas agressões a princípios protetivos do valor justiça: isonomia, razoabilidade, legalidade, moralidade etc.

Não apenas se priorizaria a segurança jurídica sobre a isonomia (o que poderia representar lesão aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência), mas a ponderação entre os valores da segurança jurídica e da justiça, através da aplicação do critério da proporcionalidade.

Por outro lado, tal ponderação de valores merece especial atenção no que tange às relações tributárias continuativas, tendo em vista que é nelas que a ofensa à isonomia pode ocorrer de forma mais grave e desproporcional.

No caso, por exemplo, de ação declaratória de inexistência de relação jurídica que obrigue o contribuinte ao recolhimento de determinado tributo, julgada procedente tal demanda sob o fundamento de que a lei instituidora da exação seja inconstitucional, e transitada em julgado tal decisão, vindo, posteriormente, o STF, em sede de recurso extraordinário, a afirmar a constitucionalidade da mesma lei, haveria desigualdade acaso o autor da ação individual não se visse obrigado ao recolhimento dali em diante (efeitos futuros).

Neste caso, a solução adequada não parece ser a de atacar a decisão passada em julgado. Não é razoável entender que uma decisão definitiva, irretocável quando proferida, se transforme, retroativamente, em um erro flagrantemente contrário à lei, rescindível nos termos do art. 485, V, do CPC. Adotar tal postura significaria negar a existência do controle difuso de constitucionalidade, e ainda a autoridade de todas as decisões que não sejam do STF.

Por mais que se deva prestigiar a isonomia, é inegável que a aplicação retroativa de um posicionamento dos tribunais superiores é tão agressiva à segurança jurídica quanto a edição de leis retroativas. Nesse caso, inclusive, a agressão seria até mais absurda, pois até mesmo as leis não podem legitimamente atingir a decisão passada em julgado, por desrespeito à boa-fé do contribuinte que confiou na decisão emanada do Judiciário.

No entanto, *mutatis mutandis*, não se pode admitir que um contribuinte, porque conseguiu obter o trânsito em julgado de decisão favorável, se

desobrigue para sempre de um tributo que todos os demais pagam. Se não é possível considerar a decisão transitada em julgado como *flagrantemente contrária à lei*, para possibilitar a sua rescisão nos termos do art. 485, V, do CPC, também não é possível estender seus efeitos, indefinidamente, para o futuro, contrariando a orientação jurisprudencial posteriormente acolhida pelo STF.

A solução, no caso, parece ser o respeito à coisa julgada, e a todos os efeitos por ela já produzidos no passado, garantindo-se, assim, a segurança. Mas, em relação aos seus efeitos sobre eventos futuros, posteriores à nova orientação jurisprudencial do STF, deve-se admitir, em tese, a possibilidade de que sejam revistos, para que também não reste demasiadamente desprestigiada a isonomia.

Em suma, a justiça não constitui critério apto a flexibilizar a coisa julgada, especialmente porque: a) a justiça da decisão não é pressuposto para seu trânsito em julgado; b) justiça é um conceito plenamente variável e relativo, razão pela qual utilizá-la como critério para flexibilizar a coisa julgada é torná-la, na prática, um nada jurídico.

5.3 Coisa Julgada x Livre-concorrência:

O exercício da livre-concorrência é um preceito fundado na isonomia, demandando do Estado ações que permitam seu exercício de forma a evitar a criação de monopólios e de posições dominantes de mercado.

Um dos requisitos para o exercício da livre-concorrência é que os tributos sejam *economicamente neutros* para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas dentro de um mesmo mercado, evitando-se, assim, desequilíbrios concorrenciais.

Tratar sobre os efeitos da coisa julgada e a livre-concorrência traz ao debate dois princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento de um sistema capitalista de mercado regulado: a) o da *segurança jurídica*, representado pela definitividade de uma decisão judicial transitada em julgado; e b) o da *isonomia*, inerente a um sistema de livre-concorrência, através do qual o Estado estabelece as diretrizes por meio das quais os agentes econômicos possam concorrer em igualdade de condições.

É o caso, *verbi gratia*, da empresa X que obteve a declaração de inconstitucionalidade de uma norma através do controle difuso de constitucionalidade das leis, em decorrência do qual deixou de pagar certo

tributo. Suponha-se, ainda, que a sentença tenha passado em julgado e que não caiba mais sequer ação rescisória.

Acaso surja decisão superveniente do Supremo Tribunal Federal, através de controle concentrado de constitucionalidade, declarando a constitucionalidade daquela norma, e que a referida incidência tributária deva permanecer para todas as empresas que desenvolvem aquela atividade, certamente o *custo fiscal* da empresa X será bastante menor que o de suas concorrentes. Onde ficaria a isonomia neste caso?

O debate, neste caso, é como uma questão de colisão entre dois princípios constitucionais: segurança jurídica, expresso pelos efeitos da coisa julgada; e o da isonomia, que determina a livre-concorrência. Ou seja, não há um debate entre licitude/ilicitude, mas entre dois princípios jurídicos decorrentes do exercício regular de direitos por parte dos agentes econômicos envolvidos.

Para que se autorize a quebra da isonomia, fundamental que seja demonstrada a existência de razão suficiente para tanto. Uma vez tendo sido demonstrada tal razão, o tratamento diferenciado é autorizado.

O suposto impacto econômico, oriundo da quebra da neutralidade fiscal, pode dar-se em função de uma vitória processual aplicada a uma dada empresa, de forma destoante do conjunto daquele segmento econômico, e para qualquer tributo. O impacto concorrencial é enorme e deve ser evitado pelo ordenamento jurídico sob pena de quebra do princípio da livre-concorrência.

De outro giro, se o sistema permite a análise da constitucionalidade da lei pelo juiz monocrático e pelos Tribunais, não se pode cobrar a identidade das decisões e, conseqüentemente, buscar invalidá-las sob o pretexto de afronta ao princípio da livre-concorrência. Ao admitir o controle de constitucionalidade misto, a própria Constituição acenou no sentido de não ser a isonomia um princípio absoluto.

Destarte, tomadas as considerações anteriores, verifica-se que o sistema jurídico não pretende o extermínio da coisa julgada ou de sua autoridade, mas, sim, diante de situações extraordinárias, ponderar-se o valor segurança diante da livre-concorrência, à luz do caso concreto. Não reconhecida a excepcionalidade da situação, a coisa julgada deve prevalecer.

6. COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1 Noções gerais

O controle de constitucionalidade constitui mecanismo hábil a repelir do ordenamento leis ou atos normativos que sejam contrários aos preceitos constitucionais, tanto por seu aspecto formal como material.

É a própria Constituição que prevê fórmulas necessárias ao controle de constitucionalidade das normas do ordenamento pátrio, disciplinando a identificação dos vícios e sua conseqüente solução.

O controle de constitucionalidade está diretamente ligado ao princípio da *compatibilidade vertical*, a partir do qual se tem a validade de uma norma em virtude da sua adequação a outra superior, orientadora de sua produção formal e de seu conteúdo. A compatibilidade com a Carta Magna funciona, assim, como requisito de validade e de juridicidade de uma lei, uma vez que é justamente a sua ausência o que se chama, do ponto de vista técnico, de inconstitucionalidade.

No sistema constitucional brasileiro, cabe ao STF decidir acerca do real sentido das normas constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil, embora reconhecido a todas as autoridades judiciárias pelo controle difuso, tem naquela Corte Judiciária o seu ápice.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é caracterizado por sua natureza mista, sendo possível: a) por via incidental (de exceção, difuso), suscitado em um litígio originário, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja monocrático ou colegiado, requerida ou não pela parte; b) por via direta (de ação), tarefa executada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em virtude de sua natureza incidental, a eficácia da declaração de constitucionalidade por via de exceção é restrita ao caso concreto e às partes ali envolvidas, diferentemente da declaração de inconstitucionalidade por via direta.

No controle difuso, poderá advir a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal (inc. X, art. 52, CF), que traz eficácia *erga omnes* ao pronunciamento do STF. Em outras palavras: o que antes era restrito às partes expande-se em proveito (ou não) de muitos. Dá-se generalidade, universaliza-se o pronunciamento do Supremo emanado naquele caso concreto.

Já no controle concentrado, está-se diante de autêntico processo objetivo, não há partes, sua causa de pedir é aberta, não havendo vinculação do tribunal aos fundamentos da inicial. Não se coloca em juízo uma lide a ser solucionada, pretende-se, apenas, a harmonia do sistema jurídico. O papel do controle concentrado constitui, portanto, eliminar, vez por todas, qualquer dúvida quanto à constitucionalidade de uma dada norma.

A diferença existente entre a decisão que pronuncia a constitucionalidade de uma norma e outra que declara a inconstitucionalidade dessa norma é fundamental para a compreensão do tema da eficácia da decisão proferida pelo STF. Enquanto a pronúncia de constitucionalidade não traduz inovação na ordem jurídica, na medida que apenas atesta um estado de validade normativa preexistente, a declaração de inconstitucionalidade, por outro lado, representa um rompimento com a normalidade da ordem jurídica, apoiada na presunção de constitucionalidade dos atos normativos estatais.

Regra geral, a doutrina e a jurisprudência do Direito Comparado reconhecem que a *res judicata* não é afetada por superveniente decisão proferida por Tribunal Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade de normas. Exceção a esse comando geral é representada pela pronúncia de inconstitucionalidade que gera concretamente um benefício para os indivíduos (retroatividade benéfica).

No que tange aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, o problema é mais complexo, porque a norma constitucional, como norma inválida, se insere no sistema de modo deficiente, podendo produzir efeitos jurídicos.

Muitas vezes, tais efeitos são protegidos por princípios jurídicos, como, por exemplo, o da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé etc. Sendo assim, no momento em que o órgão fiscalizador vier a fixar os efeitos da decisão, defrontar-se-á com um conflito entre valores.

Equívocos vêm sendo cometidos freqüentemente por se ignorar a diferença existente entre os efeitos futuros de uma decisão judicial, no âmbito das relações continuativas, e os efeitos pretéritos e consumados dessa mesma decisão, quando relativa a fatos situados no passado na sua totalidade.

Primeiramente, há que se destacar que decisões flagrantemente equivocadas, contrárias à literal disposição de lei, podem ser rescindidas, nos termos do art. 485, V, do CPC, independentemente de a orientação pretoriana haver-se alterado ou não, ou mesmo de já existir pronunciamento jurisprudencial sobre o tema julgado.

Contudo, resta saber qual a solução a ser dada no caso da decisão que transita em julgado, em qualquer instância (até mesmo perante o próprio STF) e, posteriormente, a jurisprudência do Pretório Excelso firmar-se em sentido contrário daquele por ela acolhido.

Por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, é que o Supremo Tribunal Federal fixará, caso a caso, os efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, de maneira retroativa, ou prospectiva. Logo, não há uma resposta antecipada, prévia para o problema. Tudo vai depender dos princípios envolvidos no caso concreto, quer se trate de controle abstrato, ou difuso.

6.2 Declaração de (in)constitucionalidade pelo STF em controle concentrado

A nossa doutrina especializada em controle de constitucionalidade sempre defendeu a intangibilidade da coisa julgada em face da decisão do controle concentrado de constitucionalidade.

José Carlos Barbosa Moreira²³ defende tal posicionamento:

*A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, vida própria e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos ex tunc, **a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a auctoritas rei iudicatae da sentença que a tenha aplicado.** (originais sem grifos)*

E não poderia ser diferente, pois a observância da regra geral (eficácia ex tunc) desconstituiria as coisas julgadas individuais anteriores em sentido contrário, destruindo a segurança jurídica (e a crença nas instituições como um todo) do contribuinte de boa-fé que se comporta de acordo com a solução definitiva proferida no seu caso concreto.

O julgamento de ADI ou de ADC, sozinho, apesar da amplitude de sua eficácia, não basta para desconstituir decisões individuais passadas em julgado específicas, ainda que em sentido contrário. A eficácia erga omnes e vinculante não seria capaz de afastar ou desfazer, de logo, a coisa julgada. O STF pode impor limites aos efeitos retroativos desses julgados.

²³ Citado por Eduardo Fortunato Bim. Aspectos da Relativização da Coisa Julgada em Matéria Tributária: Ação Rescisória, Isonomia e Relações Continuativas. In: MACHADO², 2006: p. 86.

A própria lei que regula o processo e o julgamento da ADI e da ADC (art. 27, Lei n.º 9.868/99) excepciona a regra geral, possibilitando a aplicação de efeitos à decisão: 1) *ex nunc*; ou 2) a partir de qualquer outro momento escolhido pelo STF (desde que por determinação de 2/3 de seus Ministros).

Esta seria a solução a ser adotada: abrandamento da regra geral de efeitos *ex tunc* para a compatibilização da coisa julgada geral conflitante com as coisas julgadas individuais anteriores em sentido contrário.

Caso o STF tenha declarado constitucional, em sede de controle concentrado, a lei impositiva da exigência tributária, e a coisa julgada individual anterior tiver sido no sentido de sua inconstitucionalidade, a decisão definitiva daquela Corte só passaria a vincular, tornando-se obrigatória, para aquele contribuinte, a partir de sua publicação oficial (art. 28, Lei n.º 9.868/99), ocasião na qual se consideraria ocorrida a alteração no estado de direito (art. 471, I, CPC) a justificar a cessação da eficácia da sua decisão individual.

Já na hipótese de a decisão do STF ter declarado inconstitucional a lei impositiva da exigência tributária, e a coisa julgada anterior houvesse decidido pela constitucionalidade, há que ser observada a regra geral (inclusive em atenção ao princípio da retroatividade benéfica das leis), possibilitando-se ao contribuinte o desfazimento da coisa julgada individual e decorrente recuperação do que fora despendido com a observância de sua disciplina.

A necessidade de imposição da decisão de constitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada proferida *incidenter tantum*, desta forma, é ainda maior na hipótese em que tal decisão individual exonera o contribuinte do recolhimento de determinado tributo ou reconhece-lhe o direito a expressiva redução na prestação relativa à obrigação tributária principal, haja vista a suposta inconstitucionalidade da lei que a instituiu.

6.3 Declaração de (in)constitucionalidade pelo STF em controle difuso

Relativamente ao controle difuso, cuja suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal gera eficácia *ex nunc* (a partir da data de publicação da resolução senatorial), parece não haver grandes dificuldades na sua conciliação com coisas julgadas individuais anteriores em sentido contrário: o contribuinte sujeitar-se-á à sua decisão individual até a data da publicação da resolução do Senado Federal, quando, então, observará o que fora nela estatuído.

Com relação às relações jurídicas de trato continuado, a resolução do Senado constitui inovação no estado jurídico da situação, afastando a eficácia da coisa julgada.

Verifica-se que se cuida de situação semelhante à de se a lei tivesse sido revogada, modificando-se o ordenamento jurídico em vigor à época da coisa julgada. A partir da eficácia *erga omnes* trazida pela suspensão do Senado, cessam os efeitos da sentença do caso concreto.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim vem se posicionando:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO DOS EFEITOS PRETÉRITOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, TENDO EM VISTA A POSTERIOR DECLARAÇÃO PELO STF, EM CONTROLE DIFUSO, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM QUE SE FUNDA. IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DAS NORMAS PELO SENADO FEDERAL. MODIFICAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO QUE FAZ CESSAR, DESDE A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO, AUTOMATICAMENTE, A FORÇA VINCULANTE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. (...). 4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, ainda que pelo STF, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. Não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória. 5. A edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução das normas declaradas inconstitucionais, contudo, confere à decisão in concreto efeitos erga omnes, universalizando o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo, e acarretando, a partir de seu advento, mudança no estado de direito capaz de sustar a eficácia vinculante da coisa julgada, submetida, nas relações

***jurídicas de trato sucessivo, à cláusula rebus sic stantibus.** (...). 7. Recurso especial a que se nega provimento²⁴. (originais sem grifos)*

Por outro lado, não tendo havido a edição de resolução pelo Senado Federal, havendo uma sentença transitada em julgado pela constitucionalidade do tributo, diante do juízo de inconstitucionalidade, cabe buscar-se a tutela judicial adequada ao acerto da situação, mas, aqui, não haverá o efeito vinculante a ser observado.

6.4 Controle de Constitucionalidade e Mora do Contribuinte

Caso a sentença transitada em julgado tenha resolvido situação ocorrida no passado, e cujos efeitos se exauriram no passado, a alteração jurisprudencial não surtirá nenhuma influência. A rigor, nem mesmo por ação rescisória tal decisão poderá ser revista, salvo, obviamente, se estiverem nela presentes outros vícios que não a mera divergência com um entendimento jurisprudencial superveniente.

No entanto, as relações jurídicas continuativas podem ser, quando declaradas ou constituídas por decisão passada em julgado (v.g., eximindo uma sociedade empresarial do pagamento de determinado tributo), objeto de nova discussão. Além daqueles relativos aos restritos casos da rescisória, e que somente podem ser suscitados no prazo a tanto previsto pela legislação, pode ser objeto de questionamento, a qualquer tempo, a sobrevivência dos efeitos futuros da decisão transitada em julgado, à luz de possíveis mudanças no fato, ou no Direito. É o que prevê o art. 471, I, do CPC, onde se vislumbra que a consolidação da jurisprudência das Cortes Superiores, em sentido diverso do acolhido pela sentença, pode ser considerada mudança na situação de Direito.

Nestes casos, resta saber a partir de quando o contribuinte beneficiado pela decisão passada em julgado pode ter de voltar a pagar o tributo.

Relativamente ao controle concentrado, na hipótese de o STF ter declarado constitucional a lei de exigência fiscal, e existir coisa julgada individual anterior no sentido oposto, a nova sistemática só se tornaria obrigatória para aquele contribuinte a partir de sua publicação oficial, que ocorrerá dez dias após o

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Tributária. Coisa Julgada. RESP n.º 686058 – MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

trânsito em julgado (art. 28, Lei n.º 9.868/99) e com efeitos *ex nunc*. Assim, o contribuinte estará em mora quando não cumprir a obrigação tributária referente a fatos geradores ocorridos após a data de publicação da decisão do STF, não podendo tal decisão retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Inexistindo coisa julgada individual, os efeitos da decisão do STF deverão ser *ex tunc* (desde a entrada em vigor da norma impugnada). Embora possa parecer que esse entendimento viole o princípio da isonomia, pois, aparentemente, conferiria tratamento distinto aos contribuintes, ele é o que melhor se ajusta à coexistência dos valores da segurança jurídica e da justiça.

De outro giro, na declaração de constitucionalidade da lei de exigência fiscal, proferida *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal em um caso concreto (decisão individual), o contribuinte, que fora parte no processo, ficará obrigado ao pagamento do tributo, a partir da data da publicação do trânsito em julgado da decisão (com efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a edição da lei impugnada).

Acompanhada da edição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, a decisão proferida em sede de controle difuso seguirá o mesmo que foi dito em relação às ações de controle concentrado.

Mas se a mudança na orientação jurisprudencial tiver ocorrido no campo do controle difuso, e não for editada, ou não for o caso de se editar resolução do Senado Federal, parece absurdo entender que, a partir da decisão, automaticamente, já esteja o contribuinte em mora.

O mesmo vale para a modificação na jurisprudência do STJ, nas questões relativas à legalidade de exigências tributárias. Ainda que se admita a possível cessação dos efeitos futuros da decisão passada em julgado, em face de relações continuativas, subsiste indispensável que se prestigiem, também, os princípios da boa-fé e da cientificação. Afinal, o cidadão protegido pela decisão transitada em julgado não há de ficar acompanhando, pelo Diário Oficial, o desfecho de todas as questões semelhantes à sua, para, diante de qualquer alteração na jurisprudência, já voltar a pagar a exação.

Destarte, caso a ulterior mudança na jurisprudência tenha ocorrido no campo do controle difuso de constitucionalidade, ou no da legalidade pelo STJ, a subsistência dos efeitos futuros da coisa julgada deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, por meio de ação de revisão da coisa julgada (art. 471, I, do CPC). Só depois disso é que se poderá cogitar de mora do contribuinte, se for o caso, a qual deverá ser determinada pela decisão que

apreciar a ação revisional, mas que não poderá ter como termo *a quo data* anterior à propositura da mesma.

Contudo, vale ressaltar que o fato de se afirmar que a revisional é cabível não significa, necessariamente, que tal pedido será julgado procedente, tendo em vista que, na ação revisional, pode se concluir pela irrelevância, ou pela impertinência, na alteração jurisprudencial, pela sua inaplicabilidade à situação específica daquele contribuinte etc.

Regra geral, seguindo disposição contida no art. 146 do CTN, diante de decisão judicial que sinalize à Fazenda Pública a possibilidade de mudar seus critérios na cobrança de determinado tributo, essa mudança somente pode alcançar fatos geradores futuros.

Caso a Fazenda Pública sequer chegue a ajuizar a ação revisional, deverá, ao menos, em respeito ao princípio da cientificação, notificar o contribuinte para que passe a pagar o tributo em questão, em face dos fatos geradores que vierem a ocorrer após essa notificação.

Se nem mesmo essa notificação seja feita, não é possível autuar o cidadão beneficiado por decisão individual transitada em julgado, exigindo-lhe quantias que não foram recolhidas em cumprimento a ordem judicial.

Assim, quer na hipótese de o cidadão ser sucumbente, com o reconhecimento de que um tributo é devido, quer na hipótese de a Fazenda Pública restar vencida, com o reconhecimento de que um tributo não é devido, a posterior alteração da jurisprudência é motivo para que se promova a ação de revisão ou de modificação da coisa julgada, com eficácia *ex nunc*. Se o erro da decisão transitada em julgado for evidente, o que não depende, necessariamente, de sua adequação à jurisprudência, poderá ser rescindida.

Destarte, não há que se admitir que, seja na fiscalização da constitucionalidade, seja na da legalidade, o contribuinte fique sujeito a pagamento de tributo, em virtude de mudança na orientação da jurisprudência. Se fosse admitida esta hipótese, o caso seria de aplicação do art. 146 do CTN, devendo a exigência atingir períodos futuros, e não pretéritos. A mora configurar-se-ia após o decurso do prazo que viesse a ser fixado para o recolhimento da exação.

Assim, caso o contribuinte passe a adotar a nova interpretação da lei conferida pelo STF e deixe de pagar o tributo, não pode o Fisco exigir tal pagamento simplesmente alegando a coisa julgada. Não é essa garantia conferida pela Constituição ao cidadão que viria a legitimar a cobrança de um tributo indevido.

Na hipótese de o Poder Legislativo editar lei com evidente efeito retroativo, mas para beneficiar o cidadão, tal lei é perfeitamente válida, uma vez que a irretroatividade da lei é garantia do cidadão contra o Estado. Pela mesma razão, quando o Estado, por seu Poder Judiciário, decide que a interpretação de determinada lei deve ser feita de forma mais favorável ao cidadão, essa decisão sobrepõe-se a uma decisão anterior do mesmo Poder Judiciário em sentido contrário, mesmo que albergada pela coisa julgada, que não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão, sobretudo quando a manutenção da referida coisa julgada implicar a consolidação de uma situação desigual, contrariando outro importante princípio de defesa do cidadão.

Nesse sentido, já decidiu o Plenário do STF, na ADI n.º 712-2, na qual o Ministro Celso de Melo assim pontificou:

*Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições. **O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação. Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que – por traduzir limitação ao poder de tributar – é tão-somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado.** Em princípio, nada impede o Poder Público de reconhecer, em texto formal de lei, a ocorrência de situações lesivas à esfera jurídica dos contribuintes e de adotar, no plano do direito positivo, as providências necessárias à cessação dos efeitos onerosos (...).* (originais sem grifos)

7. COISA JULGADA E SÚMULA 239 DO STF

A Súmula 239 do STF dispõe que:

Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

Tal enunciado surgiu a partir do julgamento de uma execução fiscal²⁵ no qual fora evidenciado pelo relator que:

no tocante aos lançamentos, os efeitos da coisa julgada se restringem ao que foi objeto do litígio, o que não ocorre, porém, quando de lançamento não se trate, senão do imposto em si mesmo (...) tratando-se embora de imposto continuativo e de obrigação periódica, o julgado proferido conserva sua eficácia mesmo nos períodos sucessivos, nos casos em que a controvérsia não se tenha limitado a qualidade e quantidade da matéria impositiva, mas tenha abrangido outros aspectos não suscetíveis de revisão (existência legal do imposto, tributabilidade). (originais sem grifos)

O próprio STF já procedeu a um reexame da Súmula n.º 239, tendo decidido por uma interpretação restritiva, de forma que não se aplique às decisões relativas ao reconhecimento (ou não) da relação jurídica tributária em si, mas àquelas que declaram indevida a cobrança em determinado exercício.

No mesmo sentido, os tribunais pátrios têm afastado a incidência da referida Súmula sobre ações nas quais se discute a própria existência da relação jurídico-tributária, e não apenas atos isolados de lançamento fiscal.

O TRF da 3ª Região já manifestara que:

Relações jurídicas continuativas protraem-se no tempo e, se acobertadas pela coisa julgada material, enquanto durar o estado

²⁵ AI n.º 11.227, Rel. Min. Castro Nunes, RDA 2/556-557.

*de fato e de direito, resolvem-se como determinado na sentença. Decidida a controvérsia, não há razão para que o mandado de segurança seja proposto mensalmente, se vigente a mesma lei e se sucede a mesma situação de fato. A coisa julgada material deve ser rebus sic stantibus.*²⁶

Por conseguinte, o enunciado da Súmula n.º 239 do STF incidiria apenas no julgamento de ações judiciais que questionassem a legitimidade de atos concretos de lançamento, ou referentes a determinado exercício, cuja decisão, no caso concreto, não se caracterizaria como normativa, até porque não foi objeto de questionamento a relação jurídico-tributária.

Neste sentido, o STJ vem se pronunciando de forma uníssona:

*AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CARACTERIZADO. ISS. SOCIEDADE UNIPES-SOAL. COISA JULGADA TRIBUTÁRIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DI-REITO LÍQUIDO E CERTO CONSUBSTANCIADO NO ESTADO DE FATO NÃO-COMPROVADO DE PLANO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 239/STF. **1. Nos casos em que o pedido não se refira a exercício financeiro es-pecífico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ile-galidade da exação, ou de sua imunidade ou isenção, por exemplo, deve ser afastada a restrição inserta na Súmula 239/STF, desde que mantidas inalteradas as situações de fato e de direito. 2. No man-dado de segurança, a impetrante não comprovou, de plano, a sua atual condição de sociedade unipessoal (estado de fato), a qual foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público. Des-se modo, não se operou a coisa julgada em relação aos exercícios futuros, sendo plenamente aplicável a Súmula 239/STF. 3. Agravo regimental desprovido***²⁷. (originais sem grifos)

²⁶ JSTJ 58/526.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Matéria Tribu-tária. Coisa Julgada. AGRESP n.º 7006176 – RJ. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

8. COISA JULGADA E APLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Estabelece a Súmula n.º 343 do STF que:

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.

Em que pesem entendimentos doutrinários divergentes, o Supremo Tribunal Federal não vem aplicando tal enunciado quando se trata de declaração de inconstitucionalidade, entendendo que a decisão de inconstitucionalidade, em controle abstrato, tem efeito vinculante, obrigando todos os demais órgãos jurisdicionais a seguirem a orientação firmada pelo STF.

Tal entendimento se funda na idéia de que a inconstitucionalidade representa o grau máximo de violação da ordem jurídica. E por isso não se poderia conceber que uma decisão apoiada em norma inconstitucional não possa ser objeto de ação rescisória. Assim, se a Suprema Corte declara que uma dada norma é inválida, e que, portanto, não pertence ao sistema (nem nunca pertenceu), seria possível rescindir as decisões que nela se tenham amparado.

No mesmo sentido, veja-se também: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ALCANCE DA SÚMULA 239/STF – COISA JULGADA: VIOLAÇÃO – ART. 471, I DO CPC NÃO CONTRARIADO. 1. A Súmula 239/STF, segundo a qual “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores”, aplica-se tão-somente no plano do direito tributário formal porque são independentes os lançamentos em cada exercício financeiro. Não se aplica, entretanto, se a decisão tratou da relação de direito material, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária. 2. A coisa julgada afastando a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária. 3. Hipótese dos autos em que a decisão transitada em julgado afastou a cobrança da contribuição social das Leis 7.689/88 e 7.787/89 por inconstitucionalidade (ofensa aos arts. 146, III, 154, I, 165, § 5º, III, 195, §§ 4º e 6º, todos da CF/88). 4. As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material. 5. Violação ao art. 471, I do CPC que se afasta. 6. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria Tributária. Coisa Julgada. RESP n.º 731250-PE. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 17 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.jf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007).

Seguindo esta linha, seria impossível o surgimento de controvérsia no âmbito do Poder Judiciário sobre a aplicação do texto normativo declarado (in)constitucional pelo STF, donde resulta a inaplicabilidade da referida súmula.

A título ilustrativo, vale transcrever excerto de ementa proferida pela Suprema Corte onde restou admitido o processamento de ação rescisória versando sobre anterior declaração de inconstitucionalidade por aquela Corte:

Ação rescisória. Violação a Literal Disposição de Lei. Art. 485, V do CPC. Finsocial. Sociedade Seguradora. Majorações de Alíquota Declaradas Inconstitucionais no julgamento do RE n.º 150.764. Acórdão Rescindendo que, sem desconhecer a Condição de Seguradora da Empresa Autora, manteve as referidas majorações com base em precedente aplicável às empresas exclusivamente prestadoras de serviço. Art. 56 do ADCT. Violação.

(...) Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE n.º 150.764, Red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 9º da Lei n.º 7.689/88 concluindo pela invalidade das normas posteriores que elevaram as alíquotas do Finsocial cobrado das empresas referidas no §1º do art. 1º do Decreto-lei 1.940/82, ou seja, as vendedoras de mercadorias, instituições financeiras e as sociedades seguradoras.

Decisão rescindendo que destoa da orientação firmada neste precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada neste mesmo julgado. Ação rescisória julgada procedente²⁸. (originais sem grifos)

Por fim, como dito, parte da doutrina discorda de tal posicionamento, invocando a impossibilidade de se atingir a uma única resposta jurídica correta e à própria existência do controle difuso de constitucionalidade. Seguir tal raciocínio, defende esta corrente, tornaria as decisões judiciais dos

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória. Matéria Tributária. Coisa Julgada. AR n.º 1.713 – SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator Acórdão: Min. Revisor Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 05 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 10.10.2007.

demais órgãos jurisdicionais *meros entretenimentos* do jurisdicionado e do órgão judicial prolator da decisão.

9. CONCLUSÃO

Do que foi exposto ao longo deste estudo, algumas ilações podem ser formuladas.

Somente a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei, proferida pelo STF via controle direto, poderá, por si só, afetar a coisa julgada, na medida que retira a sua aptidão para continuar a incidir para o futuro. A mudança da orientação jurisprudencial do STJ, por seu turno, a rigor, de modo algum poderá, pura e simplesmente, obrigar o contribuinte ao pagamento de um tributo que tenha deixado de pagar por força de decisão judicial.

Os casos em que a coisa julgada pode sofrer os efeitos da decisão do STF, atingindo o direito do cidadão, são somente aqueles relativos à relação jurídica continuativa, ou seja, que se projetam para o futuro. É relevante, também, considerar a forma da decisão proferida pelo STF, que pode ocorrer no âmbito do controle direto ou difuso da constitucionalidade.

Quando os efeitos da coisa julgada estão no passado, ou seja, quando a sentença envolve a relação jurídica que já estiver consumada no tempo, reconhecendo o direito de o contribuinte deixar de pagar um determinado tributo, não podem ser alcançados nem mesmo através de ação rescisória tendo em vista que a correspondente obrigação tributária já se encontra extinta.

O assunto realmente é dos mais delicados. Helenilson Cunha Pontes²⁹, em estudo sobre a coisa julgada, conclui dizendo que:

A única retroatividade admitida na Carta Política é aquela destinada a beneficiar o indivíduo (retroatividade in bonam partem). A retroatividade tributária vedada pela ordem constitucional alcança não apenas a lei, mas o regime jurídico, ou seja, o que a Cons-

²⁹ Citado por Schubert de Farias Machado. Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária. In: MACHADO², 2006: p. 398.

tuição protege é a tentativa de fazer incidir sobre fatos passados norma jurídica tributária cuja vigência ou eficácia tenha surgido posteriormente a sua realização. Há retroatividade quando a norma alcança atos ou situações já consumados antes de sua entrada em vigor, adjudicando-lhe determinados efeitos jurídicos.

Por essa razão, mesmo diante da orientação jurisprudencial que admite a revisão da *res iudicata*, inadmissível se mostra que a decisão que desconstituiu a coisa julgada tributária possa implicar exigência de tributo sobre fatos passados e não tributados por força de sentença rescindida.

Há, assim, que se prestigiar a boa-fé do cidadão que recorre ao Poder Judiciário e dele obtém decisão definitiva que afasta a cobrança de determinado tributo. O Estado não pode, posteriormente, fundado em ulterior decisão do STF, alterar esse seu entendimento e decretar a cobrança de tributos que teriam incidido sobre fatos passados.

Em outro dizer, as normas jurídicas, *sejam oriundas do Poder Legislativo, sejam decorrentes da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não podem retroagir em desfavor do cidadão*³⁰.

10. BIBLIOGRAFIA

10.1 Livro:

- CÂMARA, Alexandre Freitas (2005). **Lições de Direito Processual Civil**. 12ª ed., Lumen Juris. Rio de Janeiro.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro, DERZI, Misabel Abreu Machado, THEODORO JÚNIOR, Humberto (2004). **Direito Tributário Contemporâneo**. 2ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (2006). **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. 4ª ed., Forense. Rio de Janeiro.
- MACHADO¹, Antônio Cláudio Costa (2007). **Código de Processo Civil Interpretado**. 6ª ed., Manole. São Paulo.

³⁰ Hugo de Brito Machado Segundo citado por Schubert de Farias Machado. Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária. In: MACHADO², 2006: p. 399.

- MACHADO², Hugo de Brito (coord) (2006). **Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. Dialética. São Paulo.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo (2001). **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo.
- MESSINAS, Trajano Moriz (2002). **Manual dos Recursos do CPC: Teoria, Jurisprudência e Prática**. Vale do Mogi. Santa Cruz da Conceição, SP.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (2002). **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 21ª ed., Forense. Rio de Janeiro.
- NERY JÚNIOR¹, Nelson (2000). **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo.
- NERY JÚNIOR², Nelson (2003). **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo.
- SANTOS, Moacyr Amaral (2002). **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22ª ed., v. 2, Saraiva. São Paulo.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (2000). **O papel constitucional do STF: uma Nova Aproximação sobre o Efeito Vinculante**. Brasília Jurídica. Brasília.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (2003). **Código de Processo Civil Anotado**. 7ª ed., Saraiva. São Paulo.

10.2 Artigo:

- ALVIM, Arruda. **Anotações sobre a chamada Coisa Julgada Tributária**. In: Revista de Processo, v. 23, n. 92, p. 7-14, out./dez. 1998.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Relativização da Coisa Julgada Tributária Inconstitucional x Princípio da Segurança Jurídica**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 129, p. 35-49, jun. 2006.
- FACCHINI, Emília. **Uniformização de Jurisprudência**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 29, n. 59, p. 139-148, jan./jun. 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária e as Alterações Sofridas pela Legislação da Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689/88)**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 125, p. 72-91, fev. 2006.
- MACHADO³, Hugo de Brito. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. In: Cadernos de Direito Tributário, n. 53, p. 99-111, julho/set. 1990.

- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **O Problema da Limitação Temporal dos Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária.** In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 113, p. 17-30, fev. 2005.
- ZAVASCKI, Teori. **Sentença e Coisa Julgada em Matéria Tributária.** In: Revista de Estudos Tributários, n. 42, p. 144-163, mar./abr. 2005.

10.3 Site jurídico:

- www.planalto.gov.br
- www.stf.gov.br
- www.stj.gov.br
- www.cjf.gov.br
- www.senado.gov.br
- www.camara.gov.br
- www.usp.br
- www.direitoemdebate.com.br

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVIDADE E À SEGURANÇA EM PERSPECTIVA DINÂMICA

(Trabalho destinado à coletânea de ensaios em homenagem a Kazuo Watanabe)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela USP. Professor-visitante na Universidade “La Sapienza”, Roma, Itália. Advogado em Porto Alegre e Brasília-DF.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução do Problema. a) A Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos; b) O Declínio do Normativismo Legalista; c) A Afluência dos Direitos Fundamentais; d) Conclusões Parciais. 3. Efetividade e Segurança em Perspectiva Dinâmica. 4. A Dimensão do Conflito entre Efetividade e Segurança e seu Equacionamento. O Papel da Adequação.

Resumo: O texto examina o direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental a uma efetividade qualificada, a partir da superação da teoria dos direitos subjetivos públicos e do normativismo legalista. Aborda, igualmente, a dimensão e o equacionamento do conflito entre efetividade e segurança jurídicas, bem como a necessidade de tutelas jurisdicionais elásticas, diferenciadas e adequadas.

1. INTRODUÇÃO

A supremacia do direito fundamental, hoje reconhecida de forma praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência, acarreta inúmeras consequências no domínio do processo civil.

Nada obstante a regulação legal do processo, e o formalismo aí implicado, pode ocorrer defasagem em relação às necessidades sociais. Também é possível que, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação da regra dificulte

a realização do direito material, conduzindo à situação injusta e não desejada pelo sistema constitucional e os valores imperantes na sociedade. O emprego de determinadas técnicas, previstas em lei, pode se revelar insatisfatório em termos de justiça, efetividade, segurança, igualdade e outras determinantes axiológicas e deontológicas de caráter constitucional.

Em todas essas hipóteses, os direitos fundamentais constituirão suporte importante para a integração e superação das dificuldades apresentadas pelo sistema, colaborando, assim, de forma decisiva para uma aplicação mais justa do direito.

Com base nessas premissas, partindo do plano axiológico, em que se situam segurança e efetividade, pretendo elaborar melhor, no plano deontológico, o *direito fundamental ao processo justo* e o *direito fundamental a uma efetividade qualificada*.

2. A EVOLUÇÃO DO PROBLEMA

Três aspectos são importantes para melhor compreensão do problema. Em primeiro lugar, a ascensão dos direitos do cidadão face ao Estado absolutista, fator determinante para o surgimento do Estado liberal, e de que é precursora no plano jurídico a teoria dos direitos subjetivos públicos de Jellineck (letra a). Depois, o declínio do normativismo legalista (letra b), com a formação do Estado democrático de direito e a elaboração da teoria das normas de princípio e o reforçamento dos direitos fundamentais constitucionais (letra c). Daí podem ser extraídas algumas conclusões parciais (letra d).

a) A Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos

A teoria dos direitos subjetivos públicos mantém estreita conexão com a caracterização liberal dos direitos e a construção jurídica do Estado constitucional moderno, em sua busca de igualdade formal.

O desenvolvimento dessa concepção deve-se, principalmente, a Georg Jellinek (1892), que centrou a nota distintiva do Estado moderno no reconhecimento do indivíduo como pessoa e, assim, como sujeito de direito, apto a “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”. O simples fato de o indivíduo pertencer ao Estado, mostra-se relevante, do ponto de vista jurídico, nas relações mantidas entre ambos. Nessa perspectiva, “as

pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjetivos públicos”. Esses consistem, assim, em pretensões jurídicas (*Ansprüche*) perante o Estado, resultantes diretamente de situações ou condições (*Zustände*) jurídicas ¹.

Acertadamente, observa autorizada doutrina que a teoria dos direitos subjetivos públicos revela-se indissociável da tutela jurisdicional dos direitos . Basta atentar em que a pretensão de outorga de jurisdição, dirigida contra o Estado como titular da soberania, não constitui um simples efeito reflexo do direito objetivo. E isso porque o dever do Estado de outorgar jurisdição habita não apenas no interesse geral, mas, especialmente, no interesse de quem busca a satisfação de seu (afirmado) direito perante o órgão judicial ².

Demais disso, a outorga de jurisdição não fica ao arbítrio do órgão judicial e é considerada, pelo contrário, como uma proteção imperativa (embora possa ser favorável ou desfavorável) e não meramente aleatória. O juiz atual não pode mais se eximir de prestar jurisdição com o *non liquet* (não está claro), como aconteceu em determinada fase do direito romano³.

Trata-se, não há dúvida, de momento assaz significativo do movimento cultural que buscava reagir contra os poderes extremados dos Estados absolutos, visando a não só defender com um adequado sistema de *garantias* as liberdades do cidadão como também criar um novo Estado de direito, em que vigorasse a igualdade formal ⁴.

Nesse panorama se insere a elaboração oitocentesca e dos primeiros anos do século passado do direito de ação, que, como categoria geral atípica, permitiu reconciliar, de forma automática e necessária, o direito material (todos os direitos materiais) e a tutela jurisdicional civil, colaborando, assim, para a superação dos limites intrínsecos da tipicidade das ações do direito romano clássico, num plano puramente de igualdade formal. Tal consequência, porém, embora tenha sido benéfica, não mais satisfaz. E isso porque, hoje, a constitucionalização do direito de ação —ocorrida em um contexto normativo

¹ Cf. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, e a exposição e ponderações formuladas por Jorge Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 79-80.

² Reis Novais, *Contributo*, cit., p. 81.

³ Teichiro Nakano, *Das Prozessrechtsverhältnis*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 79(1966):99-113, esp. p.108.

⁴ Elio Casetta, *Diritti pubblici subbietivi*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. 12, p. 792.

referenciado à superação da igualdade formal — impõe a necessidade de eliminar as conseqüências causadas pela fratura criada entre o direito material (direitos materiais individualmente considerados) e o processo, com o estudo de técnicas que permitam a este último desempenhar sua função institucional de instrumento vocacionado a “dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio ch’egli ha diritto di conseguire”, no sentido do direito material ⁵.

Realmente, o problema do constitucionalismo dos dias que correm não é mais o de reivindicar uma posição formal de autonomia do cidadão nas suas relações com o poder estatal, tal como era exigido pela concepção de Estado liberal, nem incrementar somente a igualdade formal. Trata-se, agora, de assegurar ao cidadão a possibilidade de defender em concreto tais posições perante o Poder público, em busca de igualdade material, em consonância, aliás, com a idéia força do “welfare State”. O direito não pode mais ser concebido apenas como um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo. Numa ordem de valores muito diversa em comparação com a sociedade do Século XIX e à luz dos princípios constitucionais fundamentais de igualdade material, segurança e dignidade social, de solidariedade e de utilidade social, o direito vem, agora, considerado como fator institucional da vida econômica e social, vale dizer como instrumento de potencialização e de impulso da personalidade individual e de realização de relações sociais mais equânimes, para a tutela, não mais formal, mas substancial, da dignidade e do desenvolvimento do homem, no âmbito da comunidade ⁶.

Além disso, uma das limitações de tal concepção está no seu caráter essencialmente estático, em que a garantia serve apenas como mero direito de defesa do cidadão frente ao poder estatal.

No domínio do processo, a visão estática conduziu a uma simples “constitucionalização” formal dos princípios processuais preexistentes, cujos efeitos se exauririam em um enquadramento garantístico, mas sem chegar a interferir diretamente, de forma inovativa, sobre a realidade do processo. Sintomaticamente, nos anos 50 do século XX, quando começou de forma

⁵ Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 51-53.

⁶ Essas considerações de Marco Comporti, *Diritti reali in generale, Trattato di diritto civile e commerciale* (coord. de Cicu, Messineo e Mengoni), vol. VIII, t. I, Milano, Giuffrè, 1980, p. 16 e nota 33, com amparo em farta bibliografia, dirigidas ao direito material, encontram também ampla aplicação, *mutatis mutandis*, no campo do direito processual.

sistemática o estudo das relações entre processo e Constituição, pouco se falava, por exemplo, em garantia de efetividade.

Mais ainda, tal concepção circunscreveu o objeto das “garantias constitucionais” ao “devido processo legal” (com sua corte de garantias correlatas, contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.), e este, por sua vez, estaria detalhado na legislação infraconstitucional. De tal modo, no fundo, a “garantia” do “devido processo legal” seria estabelecida a partir da legislação infraconstitucional, ponto de vista que obstaculizava ou pelo menos dificultava a releitura das normas infraconstitucionais a partir dos direitos fundamentais⁷. Ademais, tal modo de encarar o problema não dava abertura à construção de instrumentos capazes de preencher as lacunas da regra, também com base nas normas de princípio constitucionais.

b) O Declínio do Normativismo Legalista

O panorama passou a mudar com as profundas mudanças ocorridas na lógica jurídica, em meados do século passado, a partir das aportações de Viehweg, Giuliani, Peralman e outros, e ainda com o aparecimento da teoria dos princípios elaborada por Dworkin e o robustecimento dos direitos fundamentais, em face das necessidades do Estado-providência. Esses fatores foram determinantes para o declínio do normativismo legalista, bandeira assumida pelo positivismo jurídico, e fez com que as normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, passassem a assumir posição predominante na aplicação do direito.

Essa nova visão contribuiu, obviamente, para que a decisão judicial seja elaborada não só a partir de um *prius* anterior ao processo, mas, também, com base nos próprios elementos que nele serão colhidos. Tal acarretou uma diminuição do valor da segurança, contribuindo para reduzir a

⁷ No mesmo sentido a crítica de Luigi Paolo Comoglio, Lezioni sul processo civile (em colaboração com Corrado Ferri e Michele Taruffo), 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, p. 56. Deve ser observado que ao enfrentar essa problemática, exatamente em caso em que estava em jogo a cláusula do due process of law, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 194.295-9-RJ, rel. Ministro Marco Aurélio, j. em 07.11.2000, DJU de 17.08.2001, v. u., Revista dos Tribunais 799(mai/2002)174-176) adotou postura menos formalista, e conheceu e proveu o recurso para exame do texto constitucional, “muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum”. Esse novo entendimento entende insubsistente a tese de que, para o conhecimento do recurso extraordinário, a ofensa à Carta Política da República há de ser direta e frontal, adotando uma posição tópica: o exame deve ser caso a caso.

previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo e ao julgamento da lide, incrementando, por conseqüência, o perigo de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual. Tudo isso se potencializa porque os direitos fundamentais exibem grande força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar, ainda mais, o papel do juiz na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.

c) O Papel dos Direitos Fundamentais

Realmente, já não mais se discute, na doutrina do direito constitucional, o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio — mesmo daquelas consideradas meramente programáticas — consideradas diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora⁸. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

Além disso, a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico reveste-se de capital importância prática, não só teórica, para as tarefas do Estado. Por isso, qualquer poder do Estado tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos⁹.

d) Conclusões Parciais

Essas considerações mostram bem como nos distanciamos da concepção tradicional, que considerava os direitos fundamentais como simples garantias, instrumentalizados somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte po-

⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

⁹ Konrad Hesse, *Significado de los derechos fundamentales*, in *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 95, número de margem 23.

tencialização. Realmente, os juízes e os demais operadores jurídicos têm o dever de aplicar os preceitos constitucionais, decorrendo daí a autorização para que sejam concretizados por via interpretativa ¹⁰, âmbito de atuação que ainda mais se elastece diante da moldura esmaecida da norma de princípio ¹¹.

A questão revela-se particularmente importante para o exercício da cidadania pela via jurisdicional, porquanto, dessa forma, atribui-se ao indivíduo o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa) ¹².

Do ponto de vista dos que exercem o Poder Jurisdicional, o aspecto relevante é que, nessa normatividade, de caráter essencialmente principal encontra-se contida autêntica outorga de competência para uma investigação mais livre do direito. A particularidade, aqui, em relação a outros tipos de normas jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada ¹³. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida que, sendo facultado expressamente, na Constituição, o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade criativa do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito,

¹⁰ Observa, acertadamente, José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”.

¹¹ Exame da evolução do problema no direito alemão por Robert Alexy, Direito Constitucional e Direito Ordinário. Justiça Constitucional e Justiça Especializada, trad. Luís Afonso Heck, Revista dos Tribunais, 799(mai/2002):33-51.

¹² J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, cit., p. 448.

¹³ Isaak Meier, Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen, in Prinzipiennormen und Verfahrensmaximem, em colaboração com Rudolf Ottmann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58.

seja material, seja processual. Aspectos incrementados pela constatação de que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas ¹⁴.

3. EFETIVIDADE E SEGURANÇA EM PERSPECTIVA DINÂMICA

As idéias, até agora, alinhadas evidenciam a necessidade de centrar o foco numa perspectiva de direito constitucional, visto que, nesse plano, se situa o núcleo duro tanto do direito fundamental de acesso à jurisdição, desde que o Estado chamou a si o monopólio de prestá-la, quanto do direito ao processo justo e à efetividade da tutela jurisdicional.

Com a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos, a ponte entre o direito material e o processual dá-se por meio do direito fundamental constitucional de tutela, instrumentalizado pela outorga de jurisdição e respectiva pretensão (ambas situadas no plano do direito público). Por isso, as funções ordenadora e pacificadora do direito infraconstitucional dependem em grande medida de que se imponham, quando necessário, por via executiva, mediante coerção estatal. Sua observância, pois, sempre resulta garantida *desde fora* ¹⁵.

Na visão dinâmica, que decorre da teoria dos princípios, com sua inerente plasticidade, incumbe aos *direitos fundamentais* precisar os conteúdos mínimos do chamado “direito ao processo”. E esse direito fundamental não se limita tão-somente ao ato inicial do juízo, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final.

A esse ângulo visual, compete ao processo a função primária de codificar a relação fundamental entre a iniciativa do indivíduo para a instauração do processo (princípios dispositivo e da demanda) e a possibilidade de

¹⁴ Assim, Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

¹⁵ Konrad Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*, in *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 8. Ocorre o contrário, prossegue, com as normas constitucionais, pois sua observância não é garantida nem por um ordenamento jurídico existente por cima delas, nem por uma coatividade supraestatal; a Constituição não depende senão de sua própria força e das suas próprias garantias.

se obter, em juízo, uma tutela jurisdicional adequada (adequação, ver-se-á depois, significa proporcionalidade entre efetividade e segurança). O importante é que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LX, e LXXVIII), determina, também, uma garantia “de resultado”, ressaltando o nexo teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” jurisdicional do direito afirmado.

Trata-se de um direito fundamental e inviolável por parte dos poderes estatais ¹⁶, pois, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), constituiria evidente incongruência não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva ¹⁷. A situação subjetiva assegurada ao longo do art. 5º da Constituição brasileira se traduz, portanto, no poder de exigir do órgão judicial, em tempo razoável, o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias, necessárias para a cognição da demanda judicial, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual, e que possa ser realizado efetivamente do ponto de vista material ¹⁸. Daí decorrem o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada ¹⁹.

¹⁶ F. Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 85-86. De notar, contudo, que sua elaboração doutrinária partiu de uma interpretação extensiva do art. 103 da Lei Fundamental de Bonn, dispositivo que só garante o princípio da audição jurídica, o que lhe valeu a crítica de Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione — Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 170-171. O direito constitucional brasileiro, no entanto, não se sujeita a essa censura porque se mostra, no ponto, superior ao sistema alemão, visto que de forma expressa garante o acesso à jurisdição e ao devido processo legal.

¹⁷ Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 86-87.

¹⁸ Idéia defendida por Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 91, em relação ao direito alemão, e com muito maior razão aplicável no sistema jurídico brasileiro, em face da maior amplitude deste, como antes explanado.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 276, falando sobre o princípio da garantia da via judiciária, preconiza que “Isso pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjetivo e se passe a incluir no espaço subjectivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjectiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas

Ante a constitucionalização das normas fundamentais sobre o acesso ao processo e o agir em juízo, bem como sobre o resultado da atividade jurisdicional, perde consistência teórica a velha e superada categoria da “ação”.

Com efeito, impõe-se desmistificar tanto a ação processual quanto a possibilidade de reação do demandado — que nada mais são do que o agir ou reagir em juízo, pelo exercício dos poderes (abstratos) e dos atos (concretos) realizados no decorrer do procedimento —, pois a desejável *efetividade* do processo depende, no essencial, da dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e adequação do procedimento, de técnicas mais apropriadas, e das formas de tutela jurisdicional, na medida que todos esses elementos é que se mostram realmente significativos para uma melhor realização dos valores fundamentais do processo.

Ademais, impossível esquecer alguns fatores extraprocessuais, entre os quais o excesso de causas no sistema (a determinar as chamadas etapas mortas do processo), a composição numérica adequada dos quadros que administram justiça (juízes e serventuários em geral), a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores, funcionários da justiça, peritos etc. e, principalmente, de uma mentalidade que não seja apenas técnico-burocrática, mas empenhada na realização dos valores fundamentais do processo e da Constituição.

Portanto, para o efeito de uma efetividade qualificada, não basta apenas readequar a ação processual ²⁰, atípica por definição, mas, sim, estabelecer meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e, principalmente, tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas. O agir, a ação (ou a reação), será muito mais a consequência disso tudo do que o seu pressuposto. Além do mais, tal modo de pensar esquece os atos próprios do ofício do juiz, aspecto que escapa ao simples agir das partes. Tudo somado, considero muito mais correto falar no direito a um processo adequado e a uma tutela adequada do que numa ação adequada, mormente porque só assim será possível levar

ilegalmente lesadas (...).”

²⁰ Alvitre louvável, mas insuficiente a meu ver, de Luiz Guilherme Marinoni, Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos, in *Polêmica sobre a ação — A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, orgs. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 197-252.

em consideração os valores e garantias próprios de cada sociedade, com atendimento às normas de princípio da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visem a uma realização do direito mais apropriada ao caso concreto.

A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito ²¹, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional ²². Significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela, como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação ²³. Também é indispensável que a tutela possa se refletir efetivamente no mundo social. Não basta apenas declarar a existência do direito, mas realizá-lo faticamente quando necessário.

O legislador da mini-reforma do processo civil, inspirado, suponho, na doutrina inovadora de Pontes de Miranda, com a consciência de uma efetividade virtuosa, adotou de modo expresso duas formas ignoradas pela doutrina européia, a tutela mandamental (art. 461) e a tutela executiva *lato sensu* (art. 461-A). Constituem elementos diferenciadores do sistema jurídico

²¹ A necessidade de serem afastados os óbices formais para a prolação de uma decisão de mérito é examinada com grande acuidade por José Roberto dos Santos Bedaque, em sua tese de titularidade, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, São Paulo, Malheiros, 2006, passim.

²² Sobre o significado de Estado constitucional e especialmente as peculiaridades do sistema brasileiro, Daniel Mitidiero, *Processo civil e Estado constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 2007, p. 15-30.

²³ Na mesma linha de entendimento, observa com razão Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 30-31, que o juiz deve estar atento aos direitos fundamentais e “assim não pode cruzar os braços diante da primeira impressão de insuficiência da lei processual, ainda que deva sempre considerar o direito de defesa”.

brasileiro no confronto do direito do *civil law*, aspecto que, de modo nenhum, pode ser negligenciado quando se lê doutrina estrangeira, condicionada por outras determinantes normativas e diversas realidades culturais.

Na perspectiva do direito fundamental de efetividade, é preciso interpretar esses dispositivos com vistas largas, aplicando as formas de tutela aí previstas a outras situações análogas. Por exemplo: o art. 461 do CPC deve incidir, também, na proteção dos direitos absolutos, em que inexiste obrigação de fazer ou não-fazer, e, sim, *dever* por parte de todos os membros da comunidade (exemplo: respeito aos direitos de personalidade). Por igual, o *dever* de restituição do bem de que se terceiro apropriou indevidamente, embora não configure obrigação de dar, está ao abrigo da tutela executiva *lato sensu* assegurada no art. 461-A do CPC (exemplo: a chamada ação reivindicatória).

Também não pode ser afastada, *a priori*, a aplicação da técnica das *astreintes* na execução de obrigação de pagar, ainda no silêncio da lei processual, se necessário o seu emprego no caso concreto para assegurar o núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ²⁴. Essa conclusão é reforçada, ainda, pela máxima da proibição de insuficiência, que autoriza o juiz a preencher as lacunas de proteção ²⁵.

Interessante é constatar, presente a concepção do direito fundamental, a linha evolutiva no âmbito da tutela jurisdicional ocorrida a partir da idéia de ação de direito material, de que era exemplo no plano normativo o art. 75 do Código Civil de 1916, segundo o qual “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” já representa uma concepção não só ligada à ação abstrata como também antecipa, em certa medida, a idéia defendida no presente ensaio.

²⁴ Adotei esse entendimento em voto vencedor no julgamento da Ação Rescisória 599263183, TJRS, 6ª Câmara Cível, j. em 26.4.2000, rel. Des. Osvaldo Stefanello. No mesmo sentido, pronuncia-se Luiz Guilherme Marinoni, Técnica processual e tutela dos direitos, cit., p. 216-217, mencionando o acórdão e ressaltando com propriedade que “a omissão do legislador em dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como é óbvio, não pode ser interpretada em seu desfavor”.

²⁵ Pedro Scherer de Mello Aleixo, O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira (A caminho de um “devido processo proporcional”), separata de Direitos fundamentais e direito privado — uma perspectiva de direito comparado, Coimbra, Almedina, 2006, p. 432-433, referindo, em abono da tese, decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a alertar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser atingido “quando for jurídico-processualmente impedido de ser efetivado de modo eficaz”.

Esta poderia ser representada normativamente pela seguinte prescrição: “Para a efetiva realização dos direitos são assegurados um processo justo e as tutelas jurisdicionais adequadas”. Trata-se de norma constitucional que pode ser extraída de textos presentes no sistema constitucional brasileiro, vinculada a uma compreensão de tutela jurisdicional comprometida tanto com a efetividade quanto com a segurança; daí a menção à “efetiva realização dos direitos”, “processo justo” e “tutela adequada”.

Com essa referência introduzo no discurso a questão da segurança.

Observo, em primeiro lugar, que a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico afeta igualmente a segurança jurídica, que deixa de ser estática, na medida em que passa a conviver com um direito muito mais flexível e menos rígido.

De tal forma, hoje, a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime ²⁶. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso, pois, às vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do “devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos “meios processuais”, mas, também, um “resultado” qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de

²⁶ Cf., a respeito, a excelente elaboração doutrinária de Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, nº 679, p. 408.

que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (“processo” *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (“direito ao justo processo”), que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”²⁷. Em semelhante contexto, à estrita óptica de um “devido processo legal”, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se à visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais²⁸.

De tal modo, o conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, inciso IX). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva. Um exemplo emblemático é o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), que permite estabelecer a noção de processo equitativo, e, em consequência, a norma de princípio ou o direito fundamental da paridade de armas²⁹.

²⁷ A respeito, Comoglio, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 58-60.

²⁸ No mesmo sentido, Pedro Scherer de Mello Aleixo, *O direito fundamental à tutela jurisdicional*, cit., p. 428.

²⁹ Compreendido, na jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem, como a possibilidade razoável de as partes apresentarem sua causa em condições tais que não se coloquem em situação de desvantagem em relação à outra; v.g., arestos *Dombo Beheer B.V. vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

4. A DIMENSÃO DO CONFLITO ENTRE EFETIVIDADE E SEGURANÇA E SEU EQUACIONAMENTO. O PAPEL DA ADEQUAÇÃO

Não se pode concluir este trabalho sem falar nas linhas de confluência entre efetividade e segurança.

A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo pretendido alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e, em contrapartida, incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e, nada obstante, complementares. Com efeito, os valores *se implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, nos demais. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido ³⁰. O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança, em suma). Estou falando de adequação, que, nessa perspectiva, constitui um conceito básico.

Do ponto de vista da lógica jurídica, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, visto que o meio deve ser capaz de levar à realização do fim. Para que se possa estabelecer qual o meio adequado para um determinado fim, é preciso analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Essa análise pode ser realizada por três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro fim. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza do que outro meio ³¹.

No caso do processo, o fim é a justiça do caso concreto; o processo justo e a

³⁰ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, vol. 1, 5ª ed., revista e aumentada, São Paulo, Saraiva, 1969, n° 83, p. 173.

³¹ Reproduzo as ponderações realizadas por Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 165, com base na obra de Ota Weinberger, *Rechtslogik*, a respeito da adequação no exame inerente ao postulado normativo aplicativo da proporcionalidade.

tutela jurisdicional efetiva são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim.

Diante do caráter normativo dos direitos fundamentais da efetividade e da segurança, penso que, no âmbito do processo, é possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior *efetividade e segurança* possíveis. Portanto, em regra, a adequação resulta da ponderação desses dois valores ou direitos fundamentais, com vistas ao resultado que se quer obter diante da espécie de direito violado. Essas diretivas comprometem o legislador, a doutrina, e a aplicação prática do direito processual pelo órgão judicial, respeitada, é claro, a dispositividade assegurada à parte, pois esta pode escolher a forma de tutela que mais lhe convém, salvo as exceções consignadas expressamente em lei.

Cumprir advertir, ainda, que, normalmente, o conflito entre os direitos fundamentais da efetividade e da segurança está resolvido previamente pelo texto legislativo, presumivelmente em consonância com o sistema constitucional em que se insere. O desrespeito ao texto só será possível se a sua aplicação conduzir a uma flagrante injustiça ou em vista de conflito com outro direito fundamental, que mereça ser potencializado em função das características especiais do caso concreto. Na aplicação dos direitos fundamentais, apenas em espécies excepcionais, poderá o juiz, com o auxílio de regras hermenêuticas, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, e da igualdade, criar uma norma que destoe flagrantemente do texto legal.

Mesmo assim, algumas precauções devem ser tomadas, sob pena de ser violado o direito fundamental à segurança, cuja essência é a previsibilidade.

Estamos, aqui, no âmbito da interpretação e criação do direito, no plano jurisdicional, matéria que vem sendo objeto de acentuada atenção por parte da filosofia do direito atual. Cada vez mais, se firma o entendimento de que o intérprete, o aplicador do direito, entre eles o juiz, o chamado intérprete autêntico (Kelsen), interpreta não normas, mas textos normativos e representações fáticas. O produto da interpretação é a norma, a norma de decisão, no caso do juiz³².

Acentue-se, ainda, que, além do intérprete autêntico, também os demais integrantes do mundo produzem norma, a partir de elementos colhidos no

³² Impossível aprofundar o exame do tema nesta sede. Ver, a respeito, Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, passim, com ampla indicação bibliográfica.

texto normativo (mundo do dever-ser) e de elementos do caso ao qual será ela aplicada, a partir de dados da realidade (mundo do ser). E, com base nessa interpretação, aplicam a norma produzida fora do processo, exercendo as posições simples ou complexas concernentes ao direito subjetivo, embora não criem normas de decisão, tarefa exclusiva do órgão judicial ³³.

Nesse contexto, a interpretação (= aplicação) do direito “tem caráter constitutivo — não meramente declaratório, pois — e consiste na produção, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. *Interpretar* é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida” ³⁴.

Todavia, a transformação do texto em norma e com muito maior razão o afastamento da regra não podem ser efetivados de forma arbitrária pelo órgão judicial.

Em primeiro lugar, a atividade do juiz é controlada pela rede de direitos fundamentais processuais que compõem o “processo justo” (v.g., contraditório, dever de motivação, juiz natural, igualdade etc.). Em segundo, a aplicação deve encontrar encaminhamento dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça de que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada ³⁵. E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde, afinal, em puro arbítrio ³⁶.

³³ Eros Roberto Grau, Ensaio, cit., p. 85.

³⁴ Eros Roberto Grau, Ensaio, cit., p. XIII, que refere, nesse passo, a exposição de Gadamer sobre o pensamento de Aristóteles.

³⁵ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed. (1975), p. 250 e ss., apud A. Menezes Cordeiro, Introdução ao livro de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. LIV.

³⁶ Ver a respeito o excelente prefácio do tradutor português, J. Baptista Machado, à obra de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1968, quando trata da

peso no caso concreto. Tendo-se em conta as circunstâncias específicas da hipótese, é possível estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*, com precisa indicação das condições em que um preceito deve preceder ao outro. Pode ocorrer, por isso, que, em outras condições, a precedência se inverta ³⁷.

Mesmo a eventual superação do conflito entre regra e princípio deve ser efetivada com prudência, sob pena de violação do direito fundamental à segurança jurídica, essencial ao Estado democrático de direito.

A regra exibe uma “eficácia de trincheira”, que só pode ser superada por razões extraordinárias e mediante um ônus e fundamentação maior, com atendimento dos seguintes requisitos: a) justificativa condizente; b) fundamentação condizente; c) comprovação condizente ³⁸.

Só com essas precauções, poderá ser realizada a justiça do caso. Não é possível endossar decisões que, parca ou incorretamente fundamentadas, ou com falsas motivações, a pretexto de fazer justiça, desrespeitem direitos fundamentais do cidadão. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na construção do direito justo ³⁹. E a confiança constitui elemento fundamental para a legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil.

descoberta do direito *praeter legem* e *contra legem*, esp. p. LVII e LVIII.

³⁷ Cf. Roberto Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 90-95, mencionando interessante exemplo de conflito na hipótese de realização de uma audiência em que o acusado no processo penal estaria impedido de comparecer por correr o risco de sofrer um enfarto do coração.

³⁸ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, cit. p. 119-120.

³⁹ Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté em droit processuel*, cit., p. 372-377, *passim*.

O CONTROLE DO VALOR ADUANEIRO E A SÚMULA 323 – STF*

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e da Universidade Potiguar. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Juiz Federal.

Resumo: O texto revisita os precedentes que deram ensejo à Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que sua ratio decidendi foi elaborada a partir de conjuntura fática e legislativa (o draconiano art. 1º do Decreto-lei 5/37) inteiramente diversa da atual disciplina da conferência do valor aduaneiro. Propõe, ao final, a superação do excerto sumular

Disciplinando a base de cálculo do imposto de importação, tem-se, atualmente, o art. 2º, I e II, do Decreto-lei 37, de 19-11-66¹, o qual dispõe:

“Art. 2º A base de cálculo do imposto é: I – quando a alíquota for específica, a quantidade de mercadoria, expressa na unidade de medida indicada na tarifa; II – quando a alíquota for ad valorem, o valor aduaneiro apurado segundo normas do art. VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)”.

Excetuada a primeira hipótese, em bastante desuso, na qual a base de cálculo é fixada levando em conta unidade ou quantidade da mercadoria,

* Escrito a condensar, com alterações de pormenor, avaliação apresentada para fins de aproveitamento no Curso de Direito Tributário, realizado pela ESMAFE/5ª Região – Núcleo Pernambuco e pela Seção de Movimentação e Capacitação da Seção Judiciária de Pernambuco.

¹ Uma singularidade sobre o Decreto-lei 37/66 é a de que, elaborado antes da Constituição de 1967, em substituição ao art. 20, I a III, do Código Tributário Nacional, ostenta, quanto à definição do fato gerador e base de cálculo, natureza complementar. Isto porque foi recepcionado como tal pelo art. 19, §1º, da Constituição pretérita (art. 18, §1º, com a redação da Emenda Constitucional 01/69), preceito repetido pelo art. 146, III, a, da Lei Fundamental vigente.

conforme medida determinada, aquela recairá no valor do produto, ou seu similar. Não prevalecerá, regra geral, o valor da transação, mas o que a lei denomina por valor aduaneiro.

Por isso, é de máxima relevância atividade que concerne à sua verificação. Isto se dá por ocasião do desembaraço aduaneiro que, nos termos do art. 51, *caput*, do Decreto-lei 37/66, configura o ato final de procedimento administrativo, através do qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira. Em complemento, o art. 76 do Decreto 4.543/2002 dispõe que toda mercadoria submetida a despacho de importação está sujeita ao controle do respectivo valor aduaneiro.

Por sua vez, o art. 51, §1º, do Decreto-lei 37/66, contém previsão no sentido de que não será desembaraçada mercadoria cuja exigência de crédito tributário, no curso da respectiva conferência, esteja pendente de atendimento, salvo autorização do Ministro de Estado da Fazenda.

Em face da não aceitação do valor aduaneiro proposto pelo importador, a consequência consistirá na impossibilidade do desembaraço aduaneiro, salvo se complementado o pagamento do imposto.

Nesses casos, constitui, no meio forense, alegação freqüente, em detrimento da atuação da Administração, a de que se está a apreender mercadoria como maneira de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo.

Invoca-se, para tanto, a Súmula 323, emanada do Supremo Tribunal Federal, cuja redação é a seguinte: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo”.²

Penso que a adequação da orientação sumular com as hipóteses de negativa de desembaraço pela não aceitação do valor aduaneiro indicado pelo contribuinte, com acréscimo de imposto à custa deste, não constitui conclusão absoluta, merecendo reparos.

Para assim afirmar, aguç a curiosidade revisitar os precedentes que deram ensejo à elaboração da súmula. É que esta não se esgota na frieza de seu resumido texto, antes representando orientação cristalizada pelo tribunal a partir da decisão dos casos concretos que ensejaram a sua elaboração.

A análise dos precedentes fornecerá, sem sombra de dúvidas, os fatos materiais que foram levados ao conhecimento do órgão judiciário, bem assim os princípios jurídicos que este entendeu merecer aplicação.

² O Pretório Excelso, no particular da vedação de sanções políticas, contém mais duas súmulas, a saber: “Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; “Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

O primeiro deles recaiu no RE 57.235 – SP,³ no qual se negou provimento a recurso extraordinário que atacava deliberação da 1ª Turma do então Tribunal Federal de Recursos, a qual ratificou segurança deferida em favor da recorrida, para desembaraçá-la de sanções administrativas que lhe foram impostas pelo Diretor da Recebedoria Federal de São Paulo.

A exigência fiscal tinha por lastro o art. 1º do Decreto-lei 5/37,⁴ ao vedar que o contribuinte, desde que possuísse débito, pudesse despachar mercadorias nas Alfândegas, ou mesas de renda, ou ainda adquirir estampilhas dos impostos de consumo e vendas mercantis, ou transigir com a fazenda.

O ponto de vista prevalecente foi o de que a legislação de respaldo às sanções impostas ao contribuinte não se harmonizava com o livre exercício de atividade lícita, cabendo à Administração, para o fim de obter a satisfação de seus créditos, valer-se dos meios legais de cobrança, mais precisamente do executivo fiscal.⁵

Ao depois, sobreveio o RE 60.664 – RJ,⁶ a retratar impetração contra autoridade fiscal que impediu a impetrante de transacionar com repartições públicas nacionais até a regularização de débito para com a fazenda nacional.

Mais uma vez se louvou o Pretório Excelso, como frisado pelo relator, na circunstância de que o dispositivo legal aplicado pela Administração colidia com o princípio da liberdade de profissão, já prestigiado pela Súmula 70.

³ “Infração Fiscal. Cobrança do débito por vias normais, inclusive através do executivo fiscal. Não se permite à autoridade o bloqueio ou a suspensão das atividades profissionais do contribuinte faltoso. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido” (1ª T., v.u., rel. Min. Evandro Lins e Silva, Audiência de Publicação de 09-06-65).

⁴ O preceito tinha a redação seguinte: “Art. 1º Os contribuintes, responsáveis ou fiadores que não tiverem solvido seus débitos para com a Fazenda Nacional, nas repartições arrecadoras competentes, uma vez esgotados os prazos estabelecidos nos regulamentos fiscais respectivos, não poderão despachar mercadorias nas Alfândegas ou Mesas de Rendas, adquirir estampilhas dos impostos de consumo e de venda mercantis, nem transigir, por qualquer outra forma, com as repartições públicas do país”.

⁵ Mesmo conciso, o voto do relator esclareceu: “Conhecendo, entretanto, do recurso, nego-lhe provimento, porque entendo que as sanções administrativas previstas nas leis em que se baseou o ato da autoridade coatora não se coadunam com o livre exercício de atividade lícita. As autoridades federais deverão valer-se do processo administrativo e do executivo fiscal, cobrando multa e juros, de acordo com a lei, não podendo porém suspender o exercício de atividade profissional”.

⁶ A ementa do acórdão foi a seguinte: “Sanção fiscal. Interpretação do DL. 5, de 1937, que vedava aos contribuintes o exercício de suas atividades mercantis, por estarem em débito para com a Fazenda Nacional. Revogação em face do art. 150, §4º, da Constituição Federal. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 63.047)” (Pleno, v.u., rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RTJ 45/629).

Noutro julgado, retratado pelo RE 63.045 – SP,⁷ a liberdade de exercício de atividade lícita voltou a prevalecer sobre a coerção do Fisco para obter pagamento de tributo, fundamentada, mais uma vez, pelo Decreto-lei 5/37.

O entendimento prosseguiu no RE 63.047 – SP⁸ e no RE 63.026 – SP.⁹ Neste prevaleceu orientação defendida pelo relator, Min. Aliomar Baleeiro, ao tecer algumas considerações, quais sejam: a) com o art. 1º do Decreto-lei 5/37, editado à época da ditadura Vargas, instituiu-se, com inspiração no então direito italiano, a doutrina do pagar para depois repetir, com relação à qual é infenso o direito brasileiro desde o Império e até então, porquanto a Constituição de 1946, no seu art. 141, §4º, introduziu o direito de livre acessibilidade ao Judiciário para reparar lesão a direito individual; b) de conformidade com o direito positivo brasileiro, a Administração já goza de prerrogativas razoáveis, dentre as quais, a de criar os títulos representativos de seus créditos, atribuindo-lhes liquidez e certeza, ajuizar para seu recebimento execução fiscal, gozarem seus créditos de preferência frente a outros credores e prazos ampliados em favor de seus procuradores para falarem nos autos de processos judiciais; c) o único meio existente à disposição do contribuinte, para o fim de afastar as gravosas consequências do art. 1º do Decreto-lei 5/37, era o depósito em dinheiro,¹⁰ sem contar que, na maioria das vezes, estaria impossibilitado de fazer jus à repetição do pago indevidamente, porque se alegraria a transferência do respectivo ônus a terceiros.

Assim, observou o magistrado que a persistência das imposições advindas do dispositivo, cuja aplicação era impugnada, a outro resultado prático não conduziria, senão ao aniquilamento da atividade da empresa.

⁷ A inteligência do julgado se acha assim sumariada: “Sanção fiscal. Não é lícito à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento do débito. Recurso extraordinário desprovido” (1ª T., v.u., rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Audiência de Publicação de 06-03-68).

⁸ O aresto continha ementa do teor que segue: “Sanção administrativa. A interdição de transacionar com o fisco do DL. Nº 5, de 1937. Inconstitucionalidade por constituir bloqueio de atividades lícitas. Segurança concedida. Nega-se provimento” (Pleno, v.u., rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Audiência de Publicação de 19-06-68).

⁹ Eis a ementa da deliberação: “Solve et repete – Não é lícito à autoridade proibir o contribuinte em débito de adquirir estampilhas, despachar mercadorias nas Alfândegas e exercer as suas atividades” (Pleno, maioria, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU de 26-11-69).

¹⁰ A previsão constava do art. 3º do Decreto-lei 42, de 06-12-37, ao ditar: “Art. 3º Os contribuintes que iniciarem ação contra a Fazenda Nacional para a anulação dos débitos fiscais, provando o prévio depósito da importância em litígio, na repartição arrecadadora competente, não se consideram incluídos nas disposições do decreto-lei nº 5, de 13 de novembro deste ano”.

Esse o cenário que ensejou a edição da súmula em exame.

De fato, a só existência de débito para com a fazenda nacional ocasionava para o contribuinte a total inviabilidade de sua atividade, porquanto, se negociasse com mercadorias importadas, não poderia retirá-las, de modo algum, das aduanas. Se necessitasse efetuar venda para o exterior também não poderia despachar seus produtos. Caso seus negócios se resumissem a vendas no mercado interno, estaria comerciando irregularmente, porquanto não poderia adquirir estampilhas dos impostos de consumo e de vendas mercantis. Igualmente, não poderia requerer nenhum benefício perante qualquer repartição pública situada no país, mesmo não integrante da Administração Tributária. Em suma, significava remeter à vedação legal toda atividade que um empresário pudesse desenvolver.¹¹

O direito fundamental à liberdade de profissão, o qual não se restringe ao desenvolvimento de ocupações pelos ditos profissionais liberais, podendo, igual e amplamente, abranger a livre iniciativa numa forma geral,¹² somente poderá ser limitado mediante duas condições. A primeira delas é a sua previsão em lei em sentido estrito (formal e material). Num segundo lugar, esta não poderá jamais esvaziar o seu conteúdo essencial¹³.

¹¹ Calha como uma luva o pronunciamento do Min. Aliomar Baleeiro no RE 63.026 – SP quando, a pretexto de rematar que a sobrevivência do art. 1º do Decreto-lei 5/37 armava o Fisco do meio de paralisar o funcionamento da empresa, acentuou que “se for fábrica não poderá depositar o imposto de produtos industrializados sem o qual suas mercadorias não poderão sair do estabelecimento produtor; se for importador ou exportador, ou se necessitar de importar máquinas ou matérias primas, não poderá despachar nas alfândegas, etc.”.

¹² No que concerne ao plano constitucional, nem sempre se verifica nítida distinção entre liberdade de profissão e liberdade de iniciativa. Por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 apenas explicita, como se vê do seu art. 12, o direito à liberdade profissional, havendo o Tribunal Constitucional Federal, no famoso caso das farmácias, entendido que o preceptivo tem seu conteúdo alargado para também abranger a garantia da livre iniciativa. Karl Larenz (Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 576-578. Tradução: José Lamago) procede a minucioso comentário do julgamento. Mantendo tradição que se inaugurou com a Constituição de 1934 (art. 115), e foi seguida pelas Constituições de 1946 (art. 145, caput) e 1969 (art. 160, I), a Lei Básica vigente faz a distinção, ao consagrar no art. 5º, XIII, e 170, caput, respectivamente, a liberdade de profissão e a liberdade de iniciativa. A previsão autônoma da liberdade de empresa não impediu que, comentando a Lei Magna passada, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 618) identificasse no conteúdo do art. 153, §23, relativo à liberdade profissional, a livre iniciativa.

¹³ Tal constitui exigência explicitada pelo constitucionalismo hodierno, conforme se vê das Constituições alemã (art. 19.2), portuguesa (art. 18º, nº 2º) e espanhola (art. 53.1). Por conteúdo essencial, deixa bem claro Bernardo Carvajal Sánchez (El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudência constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2005, p. 66-67), deve-se compreender aquele conteúdo normativo que constitui a essência de

As draconianas conseqüências que o art. 1º do Decreto-lei 5/37, por imporem gravames excessivos aos contribuintes, esvaziavam, sem dúvida, aquilo que poderia ser indicado como conteúdo essencial do direito ao desempenho da qualidade de empresário.

Por isso, não foi à toa que Pontes de Miranda¹⁴, ao comentar o art. 153, § 23, da Constituição pretérita (que equivalia ao art. 141, §14, da Constituição de 1946 e, atualmente, ao art. 5º, XIII, da Lei Máxima de 1988), salientava que toda limitação legal à liberdade de profissão teria que ser justificada, de maneira a, simultaneamente, propiciar a consecução do interesse público sem aniquilar aquela por completo.

Feita essa providencial retrospectiva, é de notar que, nos termos da legislação que disciplina a conferência do valor aduaneiro, não mais há margem para invocação da Súmula 323 – STF, consoante pensamos.

O Decreto 4.543/2002, no seu art. 482 e seguintes, contempla a regulação do despacho de importação, a consubstanciar procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação ao objeto da importação, aos documentos apresentados e à legislação específica.

Mais adiante, no art. 504, há a previsão da conferência aduaneira, instante em que será identificado o importador, verificada a mercadoria, bem como a exatidão de sua natureza, classificação fiscal, quantificação, valor e ainda a confirmação de todas as obrigações fiscais ou não que decorram da importação.

O art. 510, *caput*, do Decreto 4.543/2002, dispõe que, uma vez verificada, no decorrer da conferência aduaneira, alguma ocorrência que impeça o prosseguimento do despacho, este terá seu curso interrompido ao depois do registro, pela fiscalização, da exigência correspondente.

Dentre as situações hábeis a justificar a interrupção do despacho de importação, conforme se pode inferir do art. 510, §2º, do mencionado Decreto 4.543/2002, é justamente aquela da exigência de crédito tributário em discordância com pretensão do contribuinte.

Em primeiro lugar, é preciso assentar inexistir retenção de mercadoria para o propósito exclusivo de obter-se o pagamento de tributo. Há, contrariamente, procedimento administrativo destinado à verificação da

determinado direito fundamental cuja ausência de tutela implica o seu desvanecimento. Trata-se, assim, do componente material irredutível do direito fundamental, que não poderá ser transgredido pelo Poder Público ou ainda pelos particulares.

¹⁴ Comentários à Constituição de 1967. 2ª ed. rev., 2ª Tiragem, São Paulo: RT, 1974. Tomo V, p. 545.

conformidade da importação com o sistema jurídico, bem assim para quantificação dos tributos devidos pelo ingresso no território nacional das mercadorias importadas.

Por outro lado, é de ser levado em consideração que o procedimento em causa não resulta unicamente de imposição de norma constante de regulamento. Absolutamente. A regra de cunho regulamentar que respalda a atuação da Administração Tributária teve sua expedição, na forma e nos limites, traçados pelo art. 84, IV, parte final, da Constituição.

Senão vejamos.

O art. 44 do Decreto-lei 37/66 torna explícito que toda mercadoria procedente do exterior, destinada ou não a consumo, deverá ser submetida a despacho de importação, havendo, como formalidade prévia, a conferência aduaneira.

Em complemento, o citado art. 51, §1º, do mesmo diploma, enfatiza que quando houver exigência fiscal a mercadoria somente poderá ser desembarcada contanto que haja sua satisfação¹⁵, ou sejam adotadas as indispensáveis cautelas.

De logo, preciso ressaltar que o Decreto-lei 37/66, expedido na forma do regime constitucional precedente à Constituição de 1988, caracteriza-se como lei em sentido formal e material, restando afastada, portanto, qualquer impugnação no particular do princípio da legalidade. A este respeito, dentre outras opiniões, consultar: Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁶ Pinto Ferreira¹⁷ e Orestes Campos Gonçalves.¹⁸

Noutro passo, não se pode desconhecer, na seara dos direitos fundamentais, na qual se insere tanto a livre iniciativa quanto a liberdade profissional, competir ao legislador a missão de traçar o seu campo de desenvolvimento, sendo-lhe lícito daí plasmar restrições.

Essa assertiva conta, na atualidade, com o reforço da opinião de Robert Alexy,¹⁹ o qual, após assinalar que as normas somente configuram restrição

¹⁵ O art. 510, §2º, do Decreto 4.543/2002, estabelece que, em se referindo a causa interruptiva do despacho de importação a crédito tributário, o importador poderá efetuar o seu pagamento, independente de processo.

¹⁶ Comentários à constituição brasileira. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 290-291.

¹⁷ Decreto-lei. In FRANÇA, R. Limongi (Org.). Enciclopédia Saraiva do Direito, 1974. v. 23 p. 3.

¹⁸ A Função Legislativa Primária do Poder Executivo: Decreto-Lei. RDP 22/174-183.

¹⁹ Teoría de los derechos fundamentales. 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 272-273. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

a direitos fundamentais caso sejam constitucionais, alude às normas de competência, através das quais o legislador resta autorizado pela Constituição, para impor limites àqueles.

Também Dieter Grimm²⁰ timbra em acentuar que os direitos fundamentais admitem restrições legais, objetivando-se evitar abusos à liberdade e a compensação com liberdades opostas.

A exemplo das constituições referidas na nota de rodapé 13, em nosso ordenamento tal prerrogativa emerge cristalina do art. 5º, II, da Constituição vigente, ao proclamar, com ênfase, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

O que descabe ao legislador, ao assim atuar, é esvaziar o conteúdo do direito fundamental, envidando limitações sem razoabilidade e desproporcionais.

Tal, sem sombra de dúvida, ocorreu com o art. 1º do Decreto-lei 5/37. Isto porque, estando o contribuinte em débito com a fazenda pública, não poderia, em nenhuma hipótese, recorrer, no exercício de sua atividade, a qualquer operação que implicasse a necessidade de que lhe fossem proporcionados meios para regularizar sua atuação com o Fisco, ou que tornasse indispensável chancela de qualquer repartição pública, como sói costuma ocorrer com o exercício de atividade econômica.

Como visto linhas atrás, por ocasião da descrição dos precedentes que desembocaram na Súmula 323 do Pretório Excelso, havia, portanto, uma limitação integral (*rectius*, brutal) da atividade empresária, de maneira que a restrição atingia a essência da liberdade de profissão, faltando-lhe a razoabilidade necessária à sua harmonização com a Lei Maior.²¹

A restrição em análise, diferentemente, não impede o exercício da atividade integral do contribuinte. Apenas e tão-só interrompe o despacho de importação quanto à operação que ensejou o crédito discutido, nada impedindo que o contribuinte realize novas importações ou exportações, ou que aliene regularmente mercadorias sujeitas ao IPI e ao ICMS, ou que

²⁰ Constituição e política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 83. Tradução: Geraldo de Carvalho.

²¹ Ressaltando a importância do razoável na edição dos comportamentos estatais, principalmente quando restritivos de direitos, há a lição de Luís Roberto Barroso: “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 posições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso.” (Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 215).

formalize transação com a Administração Tributária, ou ainda que venha a requerer benefícios resultantes da atuação peculiar de repartições públicas. O contribuinte, assim, não se despe da condição de cidadão, como, na prática, fazia pressupor o Decreto-lei 5/37.

Ao contrário dos Decretos-leis 5/37 e 42/37, o art. 51, §1º, do Decreto-lei 37/66, na hipótese de desconformidade do valor aduaneiro com o declarado pelo contribuinte, apenas exige a prestação de garantia para que seja diligenciado o desembaraço aduaneiro. Mesmo assim, não reclama que a cautela necessária ao recebimento do crédito tributário seja unicamente em dinheiro.

Outra particularidade a ser salientada está na circunstância da legislação aduaneira permitir que eventual inconformidade do contribuinte seja solucionada mediante procedimento administrativo.

Prova disso, o art. 510, §3º, do Decreto 4.543/2002, deixa claro que, em havendo manifestação de inconformidade do importador, relacionada à exigência de tributo, dever-se-á efetuar o correspondente lançamento na forma prevista no Decreto 70.235, de 06-03-72²², com oportunidade para o oferecimento de impugnação por aquele (art. 15) e, igualmente, de recurso para o Conselho de Contribuintes (art. 33).

É certo que o recurso, apesar da explicitação pelo art. 33, *caput*, do Decreto 70.235/72, ao contrário do normalmente verificado na esfera procedimental administrativa,²³ não permite a liberação da mercadoria. O efeito suspensivo aqui se dirige unicamente para impedir a exigibilidade do crédito tributário.

A garantia, portanto, continua a fazer-se imprescindível tão-somente para propiciar a pronta liberação das mercadorias antes da resolução final do processo administrativo. No entanto, não poderá ser exigida como condição de admissibilidade da interposição do recurso, como o fazia o art. 33, §2º, do Decreto 70.235/72, tendo em vista que ofende ao princípio da ampla defesa, segundo se pronunciou o Supremo Tribunal Federal.²⁴

²² Preciso não olvidar que a jurisprudência (TRF5, 1ª T., AMS 2368/CE, Rel. Des. Federal Castro Meira, DJU – II de 13-12-1991, p. 32.262; TRF5, 2ª T. AMS 2030/SE, Rel. Des. Federal José Delgado, DJU – II de 09-11-1990, p. 26.730), levando em conta que a edição de tal diploma se deu com base em delegação constante do Ato Institucional nº 12 (art. 2º), ao instante em que o país se achava sob o governo dos Ministros Militares, confere-lhe o caráter de lei ordinária.

²³ De fato, o disposto no art. 61 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê, como regra nos recursos administrativos, eficácia apenas devolutiva.

²⁴ STF, Pleno, RE 388359/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 22-06-2007, p. 00017

Isso mostra o respeito, no procedimento inerente ao despacho de importação, do devido processo legal, prestigiado pelo art. 5º, LIV, da Lei Maior.²⁵

O exposto almeja a serventia de demonstrar que, diante da atual legislação aduaneira, não mais há como se sustentar sobrevivência da Súmula 323 do STF. É que, como toda orientação jurisprudencial, esta teve sua *ratio decidendi* elaborada a partir de conjuntura fática e legislativa inteiramente diversa. Por esta razão, há superação do excerto sumular.

O que se tem, a partir do art. 51 do Decreto-lei 37/66, bem assim das normas que o complementam, é restrição estatuída por lei formal que não se incompatibiliza em demasia com a liberdade de iniciativa.

Não se quer afirmar, de forma absoluta, a admissibilidade da imposição daquilo que o Supremo Tribunal Federal denominou de sanções meramente políticas, as quais estabelecem, sem justificativa plausível, limitações excessivas à liberdade empresarial como forma de unicamente propiciar arrecadação de tributos. Vários precedentes,²⁶ inclusive proferidos recentemente, ainda demonstram ser imperioso o resguardo da atividade profissional e empresária diante do pantagruelismo fiscal.

BIBLIOGRAFIA:

1. Obras consultadas:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁵ A relevância do cumprimento, por parte da Administração Tributária, do devido processo legal é demonstrada por Alberto Xavier ao definir processo administrativo: “O conceito de processo administrativo exprime a idéia de que os mecanismos de controle da legalidade dos atos administrativos devem obedecer a um princípio de jurisdicionalização, ou seja, ao modelo de processo que se desenvolve nos tribunais, ressalvadas as especificidades decorrentes seja da natureza ainda indisponível dos direitos em presença, seja da natureza não independente do órgão de julgamento, integrado na Administração.” (Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3).

²⁶ Conferir: STF, Pleno, RE 413.782/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 03-06-2005, p. 00004; STF, Pleno, RE-ED 115.452/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 03/06/1988, p. 13610; STF, 1ª T., RE 195.927, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 18-05-2001, p. 00448; STF, 2ª T., RE 76.455/MG, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJ 23-05-1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA, Pinto. **Decreto-lei**, in França, R. Limongi, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 23, 1974.

GONÇALVES, Orestes Campos. A Função Legislativa Primária do Poder Executivo: Decreto-Lei, **RDP** 22/174-183.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução: Geraldo de Carvalho.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução: José Lamego.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2 ed. rev., 2ª Tiragem, São Paulo: RT, Tomo V, 1974.

SÁNCHEZ, Bernardo Carvajal. **El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudência constitucional colombiana y francesa**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2005.

XAVIER, Alberto **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

2. Jurisprudência referida:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 57.235/SP, rel. Min. Evandro Lins e Silva, Audiência de Publicação de 09-06-65.

_____. Recurso Extraordinário n. 60664/RJ, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RTJ 45/629.

_____. Recurso Extraordinário n. 63045/SP, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Audiência de Publicação de 06-03-68.

_____. Recurso Extraordinário n. 63047/SP, Min. Gonçalves de Oliveira, Audiência de Publicação de 19-06-68.

_____. Recurso Extraordinário n. 63026/SP, maioria, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 26-11-69.

_____. Recurso Extraordinário n. 388359/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 22-06-2007.

_____. Recurso Extraordinário n. 413782/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 03-06-2005.

_____. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 115452/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 03-06-1988.

_____. Recurso Extraordinário n. 195927/MG, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 18-05-2001.

____.____. Recurso Extraordinário n. 76455/MG, Rel. Min. Leitão de Abreu, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 23-05-1975.

____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n. 2368/CE, Rel. Des. Federal Castro Meira, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13-12-1991.

____.____. Apelação em Mandado de Segurança n. 2030/SE, Rel. Des. Federal José Delgado, *Diário da Justiça da União*, Brasília, 09-11-1990.

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TURISMO

Eduardo Walmsley Soares Carneiro

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, UFPE

Sumário: Introdução; 1 – Considerações Preliminares; 1.1 – Tratamento Constitucional do Turismo; 1.2 – O problema da qualificação do contrato: a busca de sua “causa”; 2 – A dinâmica do Direito do Consumidor nos contratos de turismo; 2.1 – Elementos essenciais do contrato; 2.1.1 – Partes; 2.1.1.1 – Consumidor-Turista; 2.1.1.2 – Agências de turismo e prestadores de serviços turísticos; 2.1.2 – Objeto; 2.2 – Deveres acessórios ao contrato; 2.2.1 – Dever de proteção e assistência; 2.2.2 – Dever de informação e publicidade; 3 – Responsabilidade civil das agências de turismo e dos fornecedores de serviços turísticos; 3.1 – Serviço defeituoso e ineficiente; 3.2 – A Responsabilidade civil nos contratos de consumo; 3.2.1 – Limitações de Responsabilidade nos âmbitos legal e contratual; 3.2.1.1 – A prevalência do CDC sobre os tratados e convenções internacionais e a inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica; 3.2.2 – Responsabilidade Solidária e Objetiva das agências de turismo; 3.2.3 – Férias frustradas; 3.2.4 – A irresponsabilização proposta pelo Projeto de Lei 5.120/2001; 4 – Conclusão; Referências

Resumo: Os contratos de turismo ganharam amplitude na sociedade moderna de consumo, porém tal pujança não se fez acompanhar de normas jurídicas específicas para regulamentar as relações existentes. Somente com o Código de Defesa do Consumidor tornou-se possível garantir uma maior segurança aos contratantes, com o amparo incondicionado daquele que é sempre vulnerável, o destinatário final. Assim, traçam-se as particularidades exigidas nos contratos de turismo: as responsabilidades própria, objetiva e solidária das prestadoras de serviços turísticos. Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que pode destruir todas as garantias arduamente conquistadas pelos usuários do turismo. Qualquer idéia que implemente uma “irresponsabilização” deve ser combatida e rechaçada frente à importância econômica e social desta modalidade contratual.

Palavras-chave: contrato de turismo, direito do consumidor, responsabilidade civil, solidariedade.

Introdução

O turismo, hoje, é responsável por uma parcela significativa da circulação de pessoas e valores financeiros em todo o mundo. Estudos apontam que a

tendência de crescimento do setor, nos próximos anos, supera qualquer outro, como se pode perceber da análise dos dados informados pelo Banco Central, os quais indicam que, no ano de 2006, as despesas dos turistas brasileiros no exterior alcançaram o montante de US\$ 5,764 bilhões, valor mais alto já registrado pelo BC, que mantém essas estatísticas desde 1947.¹

A explicação do fenômeno encontra-se associada à evolução tecnológica, responsável por duas de suas principais causas: a primeira refere-se ao fato de que em virtude da substituição do homem por equipamentos, àquele resta mais tempo livre, motivando-o à busca por atividades de lazer; a segunda causa trata da existência de meios de transportes cada dia mais econômicos e com capacidades crescentes, o que ocasiona a diminuição dos custos e, assim, o aumento dos turistas.

Entretanto, a saliência econômica do turismo não é acompanhada pela realidade normativa, no tocante ao ordenamento jurídico pátrio. Até o fim da década de oitenta, escassas leis e convenções internacionais regulamentavam a atividade no país, ainda assim, com bastante precariedade. A Constituição da República de 1988, por sua vez, passou a reconhecer juridicamente a importância do setor como fonte de relações jurídicas e fator de grande importância social e econômica. Nesse sentido, determinou a Carta Magna, em seu artigo 180, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”.

A partir de então, começaram a despontar iniciativas com o propósito de definir as relações jurídicas decorrentes da atividade turística, despertando os interessados no setor para a necessidade de uma regulamentação firme a fim de garantir maior segurança jurídica. Importante passo foi dado com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), norma objetiva que sistematizou as relações de consumo e a proteção do consumidor.

Apesar do alicerce conferido pelo CDC, os contratos de turismo enfrentam ainda inúmeras dificuldades para se solidificar no direito brasileiro, sobretudo diante do caráter transnacional que o negócio assume. Os problemas surgem dos mais diversos segmentos: desde o significado real e objetivo do vocábulo ‘turismo’ até a confusão desta modalidade contratual com os contratos de transporte, seguro, hospedagem e tantos outros.

¹ Brasileiro gastou mais de R\$ 1 bi no exterior. *Jornal do Commercio*, Recife, 24 mar. 2007. *Economia*, p. 9.

A partir das respostas alcançadas paulatinamente no presente estudo, buscar-se-á, com destacada ênfase “consumerista”, verificar o papel da responsabilidade civil diante do destinatário do contrato em questão, os turistas.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Tratamento constitucional do Turismo

Em tempos de globalização, o constituinte brasileiro percebeu a notável capacidade de ingresso de capital e criação de empregos que o setor turístico proporciona e, com isso, o elevou ao *status* de norma constitucional, nos seguintes termos:

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Do enunciado transcrito, sobressaem três princípios norteadores da atividade turística, quais sejam: a) fator de desenvolvimento social e econômico; b) promoção estatal e c) o incentivo do Estado.

Como mola propulsora do desenvolvimento, o turismo deve figurar necessariamente no universo das escolhas administrativas e legislativas para se alcançar a prosperidade social e econômica. Visivelmente, repete-se aqui a opção pela coexistência harmônica entre os pares dialéticos da livre iniciativa e da função social. Por essa razão, as iniciativas governamentais não poderão limitar-se a uma abordagem economicista, devendo, simultaneamente, satisfazer outro objetivo fundamental da República: a redução das desigualdades sociais.

Promover uma atividade significa dar impulso, fazê-la avançar. Sendo assim, o papel do Estado na atividade do turismo vem a ser o de criar condições para o seu crescimento, acompanhando sua evolução e propiciando a infraestrutura adequada para o constante aprimoramento. Surge, então, a dúvida se a atuação estatal resume-se à fiscalização da iniciativa privada ou se ultrapassa a fronteira do estado mínimo.

No atual regime constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que se protegem os princípios da ordem econômica, também constituem fundamen-

tos da República a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Assim, deve o Estado respeitar a livre iniciativa e a livre concorrência, além de garanti-las, mas pode intervir para assegurar o respeito aos demais fundamentos e princípios de mesma hierarquia. Certo é que o art. 180 constitui verdadeira autorização constitucional para eventual exploração da atividade turística pelo Estado, na forma do art. 173, sempre no interesse do desenvolvimento social e econômico do país.

Além de promover o turismo, o Estado brasileiro deve também incentivá-lo. O estímulo, por sua vez, pode acontecer de diversas maneiras. Inicialmente, pode-se pensar no estímulo à qualidade, ou seja, procurar uma forma de exploração da atividade turística que não cause danos nem ao meio ambiente, nem ao patrimônio sócio-cultural, ao mesmo tempo em que agregue maior valor aos serviços. Em seguida, listam-se os incentivos econômicos. Nesse aspecto, compete ao Estado, em inúmeros casos, conceder financiamentos e diversos outros incentivos de reflexos financeiros.

No título atinente à organização do Estado brasileiro, reservou a Constituição dispositivo especial sobre a proteção do patrimônio turístico, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Para que se possa falar, eficazmente, em estímulo ao desenvolvimento turístico, torna-se fundamental uma política de identificação e preservação de ambientes geográficos adequados à exploração turística. Sobre essa matéria, a Constituição credita à União a disciplina das normas gerais, razão pela qual fora recepcionada a Lei nº 6.513/77, que dispõe sobre as áreas especiais e locais de interesse turístico, classificando-os de acordo com a sua finalidade. Uma vez editada a norma geral, as normas estaduais serão particularizantes, no sentido de adaptar os princípios, bases e diretrizes às peculiaridades regionais.

1.2 O problema da qualificação do contrato: a busca de sua “causa”

Pode-se afirmar que a dinâmica civilista atual carece de investigações sobre um elemento intrínseco e inegável de todo negócio jurídico: a sua causa. O Estatuto Civil pátrio parece se afastar das investigações sobre a função dos institutos jurídicos e essa tendência sustentada por Planiol e admitida por Antônio Junqueira² deve-se às dificuldades em se fixarem, seja o conceito, seja o papel jurídico da causa dos contratos. Entretanto, a extirpação desse elemento no Diploma civil não reflete sua pouca importância para a doutrina.

Do ponto de vista técnico, a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função jurídica e sua qualificação contratual. Todo e qualquer instituto há de ter uma função para justificar a sua presença no ordenamento, seja de modo típico ou atípico. A principal serventia do elemento causal é, assim, a de ser utilizado como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem significação social.

Seguindo os parâmetros didáticos, Tepedino³ classifica o pacto em tela como um “contrato atípico, bilateral, oneroso, comutativo, caracterizado pela prestação de serviços especializados concernentes à organização de viagem para fins turísticos, celebrado entre operador de turismo ou agência de viagens, de um lado, e, de outro, o turista”.

No tocante à atipicidade do contrato de turismo, em face da autonomia causal em relação aos tipos contratuais predispostos pelo legislador brasileiro, exige-se do hermeneuta cautela e razoabilidade na solução das controvérsias e a busca do objetivo do negócio jurídico em jogo.

Nota-se que o elemento fundamental do contrato de turismo não é a motivação psíquica do agente, mas sim o fato de que o escopo, seja cultural ou laboral, implique numa transferência de responsabilidade para com a organização dos eventos que compõem o programa de viagem pretendido. Estamos falando de *obrigação de resultado*, o ponto norteador do contrato de turismo e principal responsável pela sua distinção frente aos demais tipos contratuais. Nessa esteira, a execução do contrato somente se completa quando o resultado final é atingido, quando o devedor cumpre de forma fiel o fim pretendido pela partes. A simples conduta, ainda que diligente, não satisfaz a obrigação assumida. Em consonância com esse entendimento, colacionamos o seguinte julgado:

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 150 apud SILVA, Luciana Padilha Leite Leão da. A responsabilidade civil nos contratos de turismo em face ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 63.

³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 244.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - VÔO INTERNACIONAL -
ATRASO - APLICAÇÃO DO CDC.

- Se o fato ocorreu na vigência do CDC, a responsabilidade por atraso em vôo internacional afasta a limitação tarifada da Convenção de Varsóvia (CDC; Arts. 6º, VI e 14).

- O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.).

- O Protocolo Adicional n.º 3, sem vigência no direito internacional, não se aplica no direito interno. A indenização deve ser fixada em moeda nacional (Decreto 97.505/89).

(STJ, REsp 151401/SP, 3ª T., DJ 01/07/2004, p. 188, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, grifos nossos).

No que tange aos contratos de turismo, percebe-se que o cliente pretende efetuar viagens nos padrões e datas estabelecidas. Caso contrário, a viagem fatalmente tornar-se-á sem função ou sem qualquer valor, saindo frustrado o contrato. A título de exemplo, de que adiantaria a um estudante chegar ao local da palestra depois de a mesma ter ocorrido? Ou como um trabalhador poderá viajar se o seu período de férias já foi ultrapassado? E por fim, qual será o valor de uma viagem para o Egito se o viajante não pode realizar o seu sonho de conhecer as pirâmides? Acompanhando a doutrina, Guinther Spode⁴ proclama:

O cliente, ao contratar, não sabe, e nem quer saber, que por trás do negócio realizado existe uma operadora de turismo, uma empresa aérea, uma transportadora terrestre, um ou vários hotéis. Esta transferência de responsabilidade é que gera a obrigação de resultado essencial (o consumidor quer exonerar-se das preocupações organizacionais da viagem, até porque ele, em geral, se sente mais seguro para viajar com a programação já contratada).

⁴ SPODE, Guinther. Turismo e o consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 136, jul./set. 2000, grifo do autor.

Encerrando essa questão buscam-se os bons ensinamentos de Tepedino⁵, *in verbis*:

Em outras palavras a finalidade turística serve aqui de premissa – já que a despreocupação é estado de espírito típico da viagem de turismo –, modo de caracterizar a obrigação de resultado essencial ao contrato, para cuja consecução depende o viajante de uma exoneração de preocupações organizacionais, transferindo-as, por isso mesmo, ao agente, operador de turismo ou agência de viagens.

Ainda na classificação exposta acima, a bilateralidade do negócio está presente na obrigação mútua de ambas as partes contratantes. É oneroso porque, com a prestação realizada, há uma diminuição do patrimônio dos contratantes, porém, em contrapartida, há também um benefício. A comutatividade está no fato de ambas as partes saberem, ao menos em tese, exatamente quais serão as obrigações assumidas. Não deve haver risco, não há o elemento surpresa nas prestações.

Cuida-se de contrato de duração, já que os serviços não se esgotam no ato de pactuar, mas se prolongam no tempo, com inúmeras prestações. Por fim, assumem os contratos de turismo a figura de *contratos de adesão*, pois trazem em seu texto condições pré-definidas imunes às alterações unilaterais, mormente as que possam satisfazer ao comprador. Nas próximas linhas, veremos que as cláusulas protecionistas atendem somente a agência vendedora, interessada em ter assegurado exclusivamente o seu lucro, livrando-se de quaisquer ônus futuros. Impede, no momento, discutir a inserção dessa modalidade contratual na sistemática do direito do consumidor, de forma a conseguir garantir a proteção do contratante hipossuficiente das armadilhas do fornecedor.

2. A DINÂMICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE TURISMO

2.1. Elementos essenciais do contrato

No direito brasileiro não existem mais dúvidas quanto à incidência do Código do Consumidor nos contratos de turismo, sendo o turista o destinatário final

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.246, grifo do autor.

do “pacote de viagem” consubstanciado na prestação de serviços oferecidos pelo operador ou pela agência de viagens. Para figurar nesse âmbito, a relação jurídica empreendida entre turistas e agências especializadas preenche os requisitos subjetivos e objetivos relativos ao vínculo de consumo, quais sejam:

2.1.1 Partes

2.1.1.1 Consumidor-Turista

Antes de qualquer análise aprofundada sobre o tema, convém esclarecer o que se entende por turista. Nem mesmo o auxílio do dicionário resolve tal agrura, como se percebe com a leitura dos significados ofertados pelo Dicionário Houaiss : “1 - indivíduo que faz turismo; 2 - regionalismo: aquele cuja presença é imprevisível e inconstante”.

De fato, o turismo é um fenômeno recente como objeto de estudos e, embora antigo como fato socioeconômico e político-cultural, são escassos os trabalhos jurídicos dedicados à sua sistematização e à compreensão de sua disciplina.

As tentativas iniciais de conceituação do termo turismo em seu sentido vulgar referem-se apenas aos aspectos relacionados às viagens de lazer. Ainda hoje, parte da doutrina conserva tal entendimento e procura restringir a amplitude do tema à motivação da viagem. Logo, viagens de empresários a feiras, de enfermos a estabelecimentos hospitalares, ou de intelectuais a congressos não se constituiriam em ação turística porque motivados por objetivos profissionais ou por necessidade de sobrevivência.

Atualmente, desponta novo posicionamento no sentido de considerar turistas sejam quais forem os objetivos da viagem ou os sujeitos que desfrutam da realização das operações turísticas lucrativas. Isso porque, conforme dispõe Gustavo Tepedino⁶, “o entretenimento, a recreação e a viagem podem coexistir com o trabalho, de modo fluente, dinâmico e permanente, pois a existência de um não exige, em absoluto, a supressão do outro”. Nesse sentido, argumenta Wander Marotta⁷:

⁶ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.242.

⁷ MAROTTA, Wander. Indenização do dano moral nos serviços de turismo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p.210, jan./mar. 2001.

Não se tem distinguido a viagem 'feita por prazer', ou de 'de lazer', com a do executivo que, a serviço de sua empresa, adquire passagens aéreas, hospeda-se em hotéis, alimenta-se em restaurantes, a até mesmo adquire, nos intervalos, excursões 'a locais que despertam interesse'. Pode haver, nesses casos, perfeita concomitância entre a 'viagem profissional' – o chamado 'turismo de negócios' – com o turismo tradicional.

A divergência acima mencionada, na verdade, gira em torno da teoria que se adota ao analisar o conceito de consumidor: a teoria *finalista* ou *maximalista*.

Pela primeira, o direito do consumidor é o conjunto de regras que tem por finalidade proteger os seus tutelados, estes entendidos como as pessoas que adquirem, possuem ou utilizam um bem ou serviço para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer suas necessidades pessoais e familiares, mas não os que obtêm ou utilizam bens para satisfação das necessidades de sua profissão ou da sua empresa.

Para os adeptos dessa posição não basta a destinação fática do produto ou serviço, com a retirada dele da cadeia de produção; é preciso ser também o seu destinatário econômico, não adquiri-lo para revenda ou uso profissional. Defende tal posicionamento a professora Cláudia Lima Marques⁸:

O destinatário final é o Endverbraucher, o consumidor-final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Por outro lado, pela corrente maximalista, não se faz a restrição acima vista; leva-se em consideração, simplesmente, se o consumidor que adquire

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 279, grifo do autor.

ou utiliza produto ou serviço é o destinatário final da coisa, independentemente se o objetivo do ato é a satisfação de suas necessidades pessoais ou profissionais.

Para facilitar a compreensão, pensemos em um advogado que compra um *pacote de viagem* para participar de um congresso de direito, a ser realizado em outra cidade. Para a primeira corrente, provavelmente, não seria esse contrato de consumo, já que o conhecimento obtido pelo profissional seria repassado para a sua atividade; para o segundo movimento, e levando em consideração que o profissional é o destinatário final das informações, há sim uma relação de consumo.

A nosso ver e com todo o respeito às opiniões em contrário, a Lei n.º 8.078/90 acolhe essa segunda corrente (maximalista), já que no conceito de consumidor (art. 2.º) coloca-se como requisito apenas a destinação final do produto ou serviço.

Por fim, vale acrescentar que, por recomendação da ONU, a União Internacional dos Organismos Internacionais de Turismo (UIOOT) estabeleceu o termo *visitante* como gênero, enquanto os vocábulos *excursionista* e *turista* figuram como espécies do primeiro.

A categoria de excursionista caracteriza-se pelo fato único de não pernoitar no receptivo visitado. Já a denominação turista indica o indivíduo (sem distinção de raça, sexo, língua e religião) que ingressa em município diverso daquele em que tem residência habitual e nele permanece pelo prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) horas e máximo de 6 (seis) meses, no transcorrer de um período de 12 (doze) meses, com finalidade de turismo, recreio, esporte, peregrinações religiosas ou negócios, mas sem o propósito de imigração.

Traçado um dos pólos da relação de consumo, convém, no momento, discorrer sobre a outra parte, a agência de turismo.

2.1.1.2 Agências de turismo e Prestadores de serviços turísticos

Assim como o consumidor, a figura do fornecedor é essencial à configuração de uma relação de consumo, a permitir, sempre que necessário, a aplicação das normas excepcionais do CDC.

De acordo com a legislação pátria e conforme os serviços que estejam habilitados a prestar, as agências de turismo classificam-se em duas categorias: as agências de viagens e turismo e as agências de viagem. As primeiras

correspondem às operadoras de turismo, conhecidas internacionalmente como *tour operators*, e possuem competência privativa para operação de viagens e excursões, individuais ou coletivas, compreendendo a organização, contratação e execução de programas, roteiros e itinerários do Brasil e do exterior. A operadora turística, ao elaborar o pacote turístico, efetua contratos com hotéis, transportadoras e demais empresas do ramo, o que requer conhecimento do mercado, tanto da oferta de prestadores de serviços turísticos, quanto da demanda de turistas.

Por outro lado, a segunda categoria refere-se às agências de viagem, que têm como função primordial proporcionar aos turistas todos os elementos para a realização de viagens seguras e bem-organizadas. De acordo com o Decreto n.º 84.934, de 21 de julho de 1980, compreende-se agência de turismo a sociedade que tem como objetivo social exclusivamente as seguintes atividades:

I – venda comissionada ou intermediação remunerada de passagens individuais ou coletivas, passeios, viagens e excursões; II — intermediação remunerada na reserva de acomodações; III — recepção, transferência e assistência especializadas ao turista ou viajante; IV — operação de viagens e excursões, individuais ou coletivas, compreendendo a organização, contratação e execução de programas, roteiros e itinerários; V — representação de empresas transportadoras, empresas de hospedagem e outras prestadoras de serviços turísticos; VI — divulgação pelos meios adequados, inclusive propaganda e publicidade, dos serviços mencionados nos incisos anteriores.

Sendo assim, a agência de viagem e turismo organiza a prestação de serviços turísticos junto aos demais fornecedores de serviços do contrato, vendendo ao consumidor este aparelhamento sob a forma de pacote turístico. Já a agência de viagens apenas revende ao consumidor o pacote coordenado pela operadora de turismo. Em harmonia com tal posicionamento, manifesta-se Cláudia Lima Marques⁹:

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 454, grifo do autor.

Desde 1985, a jurisprudência estrangeira diferencia contratos de organização de viagem ou contratos de viagem turística e contratos de intermediação de viagens. Tratando-se de um contrato de organização de viagens, responsabiliza a agência de viagem pela conduta de qualquer prestador de serviços envolvido na viagem turística, prestador este que considera como um 'auxiliar' da agência. No Brasil, a jurisprudência vem também responsabilizando solidariamente as agências de turismo, em caso de falha na prestação do serviço por fornecedor direto, por transportador aéreo e terrestre e por transportador marítimo.

Em resumo, a agência de turismo apresenta-se como sujeito indispensável à caracterização do contrato de consumo, tendo em vista que, na ponta da cadeia de fornecedores de serviços turísticos, figura como intermediária entre o consumidor e os prestadores de serviços turísticos.

Pode ocorrer, também, de o fornecedor ser pessoa jurídica que não exerça a atividade de agência de viagem. Supomos, então, uma associação ou uma cooperativa que, como fato isolado, planeja uma excursão para seus associados ou cooperados.

Apesar de não observarmos em um dos pólos da relação jurídica uma entidade que tenha como função primordial o fornecimento de serviços turísticos, haverá também, nesse caso, um contrato de turismo.

Irrelevante o fato de não ter essa pessoa objetivo de lucro. A lucratividade do negócio é matéria indiferente para caracterização do contrato de turismo, havendo apenas reflexos no campo da norma a ser aplicada e na responsabilidade civil. Isto porque o art. 3.º, §2.º, do CDC, estabelece que só haverá serviço quando ele for remunerado.

Assim sendo, caso não haja neste ato ou nesta atividade fins lucrativos, só haverá responsabilidade dos organizadores se tiverem agido com dolo (art. 392 do Código Civil). Imaginemos, por fim, o exemplo de uma comissão de formatura que organiza uma viagem de final de ano para os formandos. Nesse caso, se a viagem não for realizada, ou for, porém de forma diversa do planejado, só haverá responsabilidade da comissão de formatura se tiver agido com dolo.

2.2.2 Objeto

O objeto do contrato de turismo não é um bem corpóreo, mas sim as prestações de serviços, o prometido e esperado. Na verdade, o produto que está sendo negociado é o *pacote turístico* comercializado pela operadora de viagens. No momento da compra do pacote de viagem, o consumidor tem vantagens e desvantagens: o valor cobrado tende a ser inferior ao valor dos serviços, se adquiridos isoladamente; o consumidor não tem qualquer trabalho organizacional, pois tudo lhe é preparado e facilitado para que possa usufruir da viagem. Por outro lado, deve se amoldar ao tipo de viagem oferecida, com seus horários e passeios preestabelecidos. Com perspicácia, Gladston Mamede¹⁰ assim resumiu o objeto do contrato em destaque:

Antes de mais nada, são imateriais e intangíveis, não podendo ser vistos por quem vai contratá-los, a não ser por imagens que o identifiquem (...); quem os consome deles não se apropria, já que não são coisas; não pode ser revendido, e de seu consumo restam apenas lembranças.

O CDC nos arts. 4.º, III, e 51, IV, consagrou o princípio da boa-fé objetiva e, com isso, ampliou o objeto do contrato. O referido princípio assume, na verdade, uma função dúplice nos contratos de consumo: a primeira é a *criadora*, na medida em que desponta como fonte de novos deveres; a segunda é *limitadora*, pois restringe a liberdade de atuação dos sujeitos ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas.

Não é diferente com o contrato de turismo. Assim, não basta a prestação de serviços turísticos sem que estejam presentes ao lado do fazer principal, representado pelo pacote turístico, os deveres anexos de conduta, como o de informar, aconselhar, cuidar da segurança e da dignidade do consumidor, bem como não lhe obstar as expectativas legítimas.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva na relação de consumo impõe igualmente a exigência de cooperação para alcançar os fins contratuais. Com

¹⁰ MAMEDE, Gladston. Direito do consumidor no turismo: código de defesa do consumidor aplicado aos contratos, aos serviços e ao marketing do turismo. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34-35.

efeito, assume o organizador uma responsabilidade solidária por todos os atos praticados por si ou pelos terceiros que participam da realização do serviço.

2.2. Deveres acessórios ao contrato

Ausente qualquer dos requisitos previstos no tópico anterior a relação em questão não seria de consumo, porém de outra espécie (civil, comercial, tributária, trabalhista). No tocante aos contratos de turismo, verifica-se, de pronto, uma completa sintonia entre o conceito de consumidor oferecido pelo diploma em questão e o de turista apresentado no começo deste estudo. O mesmo ocorre em relação aos fornecedores e as agências de viagem, tanto as encarregadas da organização quanto as responsáveis pela intermediação. Já em relação ao objeto, as empresas encarregadas pelos contratos de turismo trabalham como a modalidade serviço, que se define como qualquer atividade prestada de um fornecedor para um consumidor, mediante remuneração, e que, no caso, vai desde a organização da hospedagem e do transporte até a realização de um simples passeio.

Depois da discussão acerca da perfeita incidência do Código das relações de consumo ao contrato ora em estudo, convém perquirir, no momento, os deveres acessórios inerentes aos contratos do consumidor.

1.1.1 Dever de proteção e assistência

Sem dúvida, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor consagrou-se a incidência do princípio da boa-fé objetiva a todas as relações de consumo, restando prejudicada qualquer análise do elemento volitivo na atuação do fornecedor.

Substituiu-se no direito brasileiro, enfim, a teoria clássica da responsabilidade e a boa-fé subjetiva ou psicológica pela *teoria da confiança*, que se assenta na leal conduta dos contratantes.

Para tanto, as partes não poderão deixar de cumprir com os deveres principais e os secundários assumidos em virtude da avença, agindo com lealdade e na consecução dos fins visados por cada qual.

Na apreciação do princípio da boa-fé objetiva, deve o julgador analisar casuisticamente a conduta adotada pelas partes e a eventual quebra da

confiança ante a violação de uma regra que se acha implícita ou expressa no instrumento negocial, levando-se em conta a frustração ou não da legítima expectativa da outra parte, segundo as regras ordinárias de experiência.

Entre as obrigações secundárias das agências de turismo, estão o auxílio, a segurança e o bem-estar dos viajantes. Na nova visão contratual, não se admite que a obrigação do contratado seja apenas a venda dos bilhetes aéreos ou a reserva de hotéis.

Inclui-se nesse dever a obrigação da agência em prestar assistência ao cliente, seja na fase que antecede a viagem (por exemplo, preparando-lhe ao informando-lhe sobre os documentos necessários), seja na fase de execução do contrato, ajudando-o na solução das dificuldades surgidas durante a viagem.

No tocante ao estágio que antecede o início da viagem, importante frisar que a preparação dos documentos não é necessariamente uma obrigação da agência de turismo; todavia, dispondo-se a providenciá-los, deve agir com diligência, sob pena de responder pelos prejuízos causados ao consumidor.

Manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação cível nº 2001.001.02976.9, sobre as conseqüências resultantes da falha desse dever acessório:

Apelação Cível. Indenizatória. Havendo prova nos autos de que o autor não conseguiu ingressar nos EUA por falta de visto para as filhas, e tendo contratado viagem com empresa que se comprometeu a fornecer a autorização para entrada no País, durante a viagem, quando a família estivesse no Canadá, surge clara responsabilidade da empresa. Cabe à fornecedora do serviço a prova da culpa exclusiva do consumidor, não bastando mera afirmação. Dano moral existente e bem valorado. Recurso desprovido. (TJRJ, 9ª Câmara Cív., AC 200100102976, Julgado em 21/08/2001, Rel. Des. Joaquim Alves de Brito).

Ao discorrer sobre a questão, o autor português Miguel Miranda¹¹ cita um julgado da *Cour de Cassation* francesa de 1979, onde se decidiu que:

¹¹ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 209 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

a agência organizadora tem a obrigação de tomar as providências necessárias a assegurar a execução do contrato e, sobretudo, em viagens no estrangeiro, de levar assistência ao seu cliente dentro dos meios de que disponha. Defendia-se, já que a fragilidade, que resulta para o cliente do simples facto de estar no estrangeiro, desconhecendo pessoas, costumes e formas de actuação que variam conforme o local de destino da viagem, deveria constituir argumento suficiente para justificar um dever de assistência ao cliente, por parte da agência organizadora.

Por fim, devemos ter em mente que o dever de assistência precisa ser entendido como uma obrigação de meio, não assumindo a agência o dever de resolver o problema do cliente, mas sim o de utilizar os meios necessários para tentar solucioná-lo.

1.1.2 Dever de informação e publicidade

Na formação dos contratos entre fornecedores e consumidores, sobressai, atualmente, em face do art. 4.º da Lei nº 8.078/90¹², o *princípio da transparência*. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

O ideal de transparência representou uma verdadeira *virada conceitual* dos tradicionais papéis assumidos pelos contratantes na relação de consumo. De um lado, o consumidor que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6.º, III¹³), enquanto o fornecedor, que se

¹² “Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)”

¹³ “Art. 6º (...) 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

encontrava na segura posição passiva, passou a ser sujeito de um novo dever de informação, titular de uma conduta ativa.

É dever do negociante fornecer todas as informações relativas ao contrato de consumo que se formará, assim como o seu desenrolar com a execução. Ensina Herman Benjamin¹⁴ que “a informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa”.

Uma das mais eficazes formas de informação é a publicidade, podendo aparecer por meio de anúncios de mídia, na internet, em cartazes, *folders* distribuídos na via pública, etc.

Na área do turismo, é crucial o estudo do tema, já que, como bem lembra Miguel Miranda¹⁵:

As agências de viagem se colocam numa posição sobranceira relativamente ao turista/consumidor individual que, seduzido pelos programas cheios de imagens de lugares de sonho e oferecendo condições e preços aparentemente vantajosos, contrata com a agência a sua participação na viagem há muito ambicionada. Só mais tarde se aperceberá que, por detrás das lindas paisagens e descrições anunciadas, se encontra, por vezes, uma realidade bastante diferente da que havia imaginado.

É possível afirmar que a teoria da expedição da aceitação, que permeia o direito civil clássico, no qual a proposta somente passará a obrigar o negociante a partir da aceitação de seus termos pelo adquirente, evoluiu. Assim, para as relações de consumo, a simples oferta do fornecedor, diretamente realizada ou por meio de anunciante, vincula o mesmo aos seus termos.

os riscos que apresentem;”

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Código de defesa do consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 245 apud MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 596.

¹⁵ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 36 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

Portanto, com as mudanças trazidas pelo CDC, é possível afirmar que a publicidade, quando suficientemente precisa, tem efeitos de uma obrigação pré-contratual. Assim, nos termos do art. 30 da Lei n.º 8.078/90, deverá o fornecedor tomar cuidado com as informações que veicula tendo em vista que estas já criam para ele um vínculo, uma obrigação de manter a oferta nos termos em que foi disposta, sob pena de ter de cumprir forçosamente o contrato ou de efetuar o pagamento da indenização por perdas e danos.

A nova noção de oferta instituída pelo CDC nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma maior lealdade, maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor.

Dentro do princípio da vinculação da publicidade, se adquirimos um pacote turístico que traga em seu folheto a foto de um hotel famoso, nesse estabelecimento deverão se hospedar os viajantes. Também, se consta do folheto publicitário a imagem de um determinado tipo de transporte, esse deve ser o meio utilizado pelos adquirentes da excursão.

A questão não é estranha aos tribunais brasileiros, conforme se extrai de decisão do extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Responsabilidade da empresa de turismo pela hospedagem do contratante em hotel de categoria inferior ao prometido. Aquele que, ao contratar com companhia de turismo viagem de lua-de-mel, prevendo a hospedagem de três, quatro ou cinco estrelas, acaba sendo hospedado em hotel de categoria bastante inferior, deve ser indenizado pelos danos experimentados, levando em conta lesão ao aspecto psicológico da vítima dada a situação especial do caso. (TACSP, Apelação nº 786.921-6, 9ª Câmara, Rel. Hélio Lobo Júnior).

Por outro lado, é preciso ter cautela ao considerar defeituoso o serviço prometido pela agência de turismo. Isto porque se consta no instrumento contratual, de forma clara e em destaque, que aquele hotel ou aquele meio de transporte equivale a uma tarifa especial, diversa daquela paga pelo adquirente, não poderá o consumidor-turista exigir o tipo de serviço constante da informação.

O princípio da transparência, além de consagrar o dever de informar e prever a vinculação da oferta, manifesta-se ainda de outra forma: deve o cliente receber esclarecimento prévio sobre todas as condições da viagem, sobre as cláusulas do contrato e sobre os documentos necessários.

De fato, todo aquele que contrata tem o direito de ser devidamente informado, de maneira clara e precisa, sobre o negócio que realiza. Por exemplo, quem se hospedará num hotel ou pousada tem o direito de saber o número de dias da estada, bem como se terá direito a alguma refeição. Se houver limitações, elas deverão ser destacadas na oferta, como no caso dos serviços de lavanderia ou, então, as bebidas dispostas no interior do apartamento.

Essa exigência se faz presente em virtude de os contratos que envolvem a atividade turística serem, em regra, de adesão, e muitas vezes o consumidor se surpreende com a existência de uma cláusula que não lhe foi prévia e claramente informada.

Na verdade, só haverá vinculação do consumidor se ele tiver conhecimento antecipado de seu conteúdo. Isso significa dizer que se ao turista não foi dada oportunidade de avaliar determinada circunstância (por exemplo, que a condição para exercer o direito de desistência da viagem, com a devolução dos valores pagos, somente existe se o cancelamento ocorrer sessenta dias antes do início da viagem), não poderá o fornecedor se beneficiar dessa regra. Prevalece, nesse caso, o disposto no art. 46¹⁶ do Código das relações de consumo.

Não raro alguns fornecedores fazem constar de pequenos formulários que as cláusulas gerais do contrato estão disponíveis em endereços eletrônicos ou registradas em cartórios de títulos e documentos. Esse método não pode ser aceito, visto que não dá ao consumidor, previamente, o conhecimento do conteúdo do negócio jurídico.

É muito comum nos contratos firmados entre as agências e o consumidor-turista ter a indicação do hotel ou da companhia de transporte previstos naquele pacote, mas também constar que eles poderão ser substituídos por outros similares, a critério do fornecedor.

Não há qualquer fundamento legal nessa ressalva, já que há consumidores que levam em consideração, para o fechamento do negócio, o hotel ou o meio de transporte oferecido. Na escolha de um local de hospedagem não está em jogo apenas a qualidade do hotel e as facilidades de que ele dispõe para os seus hóspedes, mas também há de ser analisada a sua localização, bem como a proximidade com meios de transporte, como trens e metrô. Por exemplo, a que adianta um turista que se desloca para Nova Iorque com o intuito de

¹⁶ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

fazer compras se hospedar em um hotel cinco estrelas situado em plena via rápida do estado vizinho de Nova Jersey? A esse turista interessa mais um hotel, ainda que de qualidade bastante inferior ao primeiro, mas que esteja em plena *Manhattan*, próximo de tudo. No tocante à forma de deslocamento, não adianta fornecer outro meio de transporte da mesma categoria e conceito se a escolha do passageiro teve como razão de ser o programa de milhagem da companhia aérea original.

Assim, como reflexos do princípio da transparência, temos o *dever de informar* o consumidor, seja através da oferta publicitária, clara e correta, seja através do próprio texto do contrato, devendo o fornecedor dar oportunidade ao consumidor conhecer o conteúdo do negócio jurídico, sob pena de não vinculá-lo aos seus termos.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE TURISMO E DOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS TURÍSTICOS

1.1 Serviço defeituoso e ineficiente

Celebrado um contrato de turismo, no momento em que se dá a reserva dos serviços ou do pacote turístico, tem-se, de um lado, o turista consumidor dos serviços a serem prestados pela outra parte, o operador ou a agência de viagem, fornecedora dos respectivos serviços. Normalmente, espera-se que tudo ocorra como planejado. Isto é, que nenhum imprevisto surja e ponha em risco a execução do contrato, mas, em virtude da complexidade da matéria, podem ocorrer problemas, os quais precisam ser solucionados e reparados o quanto antes, a fim de não macular o contrato por inteiro. Surge, então, a discussão sobre a responsabilidade pelos ônus daquele negócio jurídico.

A teor do artigo 20 do CDC, o serviço prestado é considerado ineficiente (vicioso) quando há disparidade entre a sua prestação e as indicações encontradas na oferta ou mensagem publicitária. Podemos imaginar a situação em que a operadora não realiza ou atrasa um determinado passeio, altera de última hora o hotel, fornece meio de transporte em condições inadequadas ou um guia de viagem que não tem conhecimento histórico sobre os locais visitados.

De acordo com Paulo Jorge Scartezzini¹⁷, se as alterações do programa ocorrerem antes do início da viagem e tendo sido o consumidor delas informado, terá direito a: a) rescindir o contrato de viagem, com a devolução do valor pago; b) aceitar a alteração, com a devida compensação, se for o caso; c) aceitar outra viagem em substituição; d) exigir, se for possível, seu cumprimento, conforme pactuado. Em todas as situações poderá ainda o passageiro exigir, autônoma ou cumulativamente, indenização pelos danos sofridos, inclusive o moral.

Ocorre que o princípio da boa-fé objetiva, ao mesmo tempo em que concede inúmeras garantias ao consumidor, dentro daquela função criadora que vimos acima, também se manifesta limitando o direito subjetivo desse particular mais vulnerável. Assim, esse princípio restringe a faculdade do agente em utilizar norma existente no direito positivo sempre que essa utilização se mostrar mais gravosa para a outra parte e mais desvantajosa à função social que o contrato recebe.

Dentro dessa perspectiva, não poderia o consumidor, por exemplo, pedir a rescisão do contrato porque foi informado de que o avião sairá meia hora mais tarde do que o previsto, ou que não mais ocupará determinado quarto no hotel, mas sim outro equivalente. Cabe, então, ao julgador decidir de acordo com o caso concreto.

Se o cumprimento imperfeito ocorrer durante a execução do serviço, hipótese mais comum, deverá o consumidor pleitear a indenização pelos prejuízos sofridos ou o abatimento no preço, proporcional ao descumprimento.

Não estamos com isso afastando a possibilidade de pedido de rescisão ou de refazimento do serviço, todavia eles só deverão ser acolhidos quando as prestações iniciais se mostrarem totalmente inúteis.

Imaginemos o caso em que o consumidor deve ser hospedado em um hotel cinco estrelas e é alojado em outro de categoria inferior; deveria ter assistido a um espetáculo ou jantado em determinado restaurante e isso não acontece. Fora todos esses transtornos, as demais prestações combinadas foram devidamente cumpridas. Podemos visualizar, nesse caso, o cumprimento tolerável do contrato, mas se exigirá o abatimento do preço pago, pois, de qualquer forma, o serviço não foi realizado nos termos pactuados.

O extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, através da sua 3ª Câmara Cível, entendeu que:

¹⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 268.

...é direito dos excursionistas o abatimento do preço, proporcional aos dias a menos que durou a excursão, dados os percalços e incidentes de viagem que ocorreram por responsabilidade da empresa de turismo encarregada de realizá-la reatando em desacordo com a que fora pactuado e as indicações constantes da mensagem publicitária de oferta que antecederam... (TARS, Emb. Infringentes, nº 594.125.007, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, Julgado em 03/03/1995).

Por outro lado, pensemos numa excursão para algumas cidades do sul da França, com o intuito único de conhecer as vinícolas, os métodos de produção do vinho, os agricultores da região. Se esse grupo, ao chegar a Paris, for informado que o programa foi cancelado e que não mais farão as visitas às vinícolas, poderão os viajantes, em face da flagrante perda do objeto da viagem, pedir o imediato retorno, com o pagamento dos valores despendidos, sem falarmos em eventual dano moral.

Por conseguinte, os motivos pelos quais o usuário não aceita continuar a viagem, com as modificações propostas pelo organizador, devem ser razoáveis, isto é, quando as variações dispostas afetem de maneira significativa algum dos serviços essenciais do pacote turístico, comprometendo as expectativas legítimas do consumidor.

A agência vendedora do pacote de viagem, mesmo que não esteja suficientemente informada quanto à qualidade do serviço negociado, ainda que a sua prestação esteja a cargo de operadora que atue em local diverso daquele onde a agência se situa, a sua responsabilidade subsistirá, conforme disposto no artigo 23 do CDC. O vício que for apurado no futuro resultante de serviço ineficiente ou incompleto não exclui a responsabilidade do fornecedor, presumindo-se que este esteja ciente da capacidade de quem o prestou, já que o representa, na condição de intermediário. As palavras de Marques¹⁸ mostram-se fundamentais para o bom entendimento da questão:

A idéia de vício do serviço (...) se concentra na funcionalidade, na adequação do serviço prestado e não na subjetiva existência da diligência normal ou de uma eventual negligência do prestador de

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 1164-1165.

serviços e de seus prepostos. A prestação de um serviço adequado passa a ser a regra, não bastando que o fornecedor tenha prestado o serviço com diligência.”

O E. Superior Tribunal de Justiça já acolheu tal doutrina conforme demonstrado no acórdão, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA DE TURISMO. PACOTE TURÍSTICO. SERVIÇO PRESTADO COM DEFICIÊNCIA. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. (...) Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, o descaso e a negligência com que se houve, em desrespeito ao direito dos que com ela contrataram. (STJ, REsp 304738/ SP, 4ª T., DJ 13/08/2001, p. 167, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ao falar sobre a responsabilidade sobre fato de serviço, Spode traz à baila o artigo 14, do CDC, o qual considera defeituoso o serviço que não oferece segurança que dele o consumidor pode esperar. Nesse sentido, afirma que o rol de circunstâncias relevantes dos incisos I a III do § 1.º são meramente exemplificativas e que o nó górdio da questão está no fato de que o consumidor, ao procurar uma agência, transfere a ela toda a responsabilidade, gerando uma obrigação de resultado essencial. Assim, do ponto de vista do consumidor, dar a impressão de que tudo correrá bem representa a essência do contrato de turismo.

3.2 A responsabilidade civil nos Contratos de Consumo

O sistema de responsabilidade civil, durante longos anos, não conseguia proteger os consumidores contra os riscos do consumo. Havia, na realidade, uma barreira que afastava a responsabilidade dos fornecedores, acostumados a praticar medidas abusivas, e tornava a atividade simples da compra e venda

de produtos e serviços uma verdadeira *aventura do consumo*¹⁹. Na verdade, a responsável por toda essa fragilidade do sistema de proteção jurídica da parte mais vulnerável era a *culpa provada*, ou seja, era preciso que o consumidor mostrasse o dolo/culpa do fornecedor para que ele fosse responsabilizado.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, iniciou-se uma mudança significativa da sistemática de responsabilização, na medida em que os riscos do consumo foram transferidos para o fornecedor. Ficou estabelecida a responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto, quer do fato do serviço. Por essa razão, podemos afirmar que o código das relações do consumo consagrou a *teoria do risco do empreendimento*, que se contrapõe à *teoria do risco do consumo*.

Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. A responsabilidade é originada do simples fato de dispor-se alguém a realizar uma atividade econômica, seja de produção, seja de estocagem ou distribuição. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos serviços defeituosos, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. Compete ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. Fala-se na justiça distributiva, que compartilha equitativamente os riscos da sociedade de consumo no próprio meio social, através dessa alteração nos preços e ainda dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esse enorme ônus na pessoa do consumidor individual.

Outrossim, discute-se se a responsabilidade civil teria uma função meramente *reparadora* ou se ela exerceria uma função *punitiva*. Entendo que ambas podem coexistir, pois não se excluem e nem apresentam primazia sobre a outra. O instituto da responsabilidade civil, quando confere um aspecto reparador, procura, invariavelmente, suprir ou, pelo menos, amenizar o prejuízo

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 496, grifo do autor.

sofrido pelo lesado. Já a função punitiva atende menos ao interesse individual do ofendido e mais à sociedade como um todo, já que age em sintonia com a prevenção de condutas desconformes com a legislação.

O contrato de turismo por apresentar uma série de núcleos contratuais (transporte, hospedagem, alimentação, seguros, bilhetes para espetáculos, visitas a museus e exposições e outras atrações turísticas) gera algumas dificuldades na identificação da responsabilidade do agente de viagem em relação à segurança e ao sucesso do programa. Sendo assim, duas questões surgem freqüentemente no exame dessa modalidade de negócio jurídico: a primeira consiste na limitação de responsabilidade prevista nestes contratos individualmente considerados e na tentativa de fazer prevalecer tais cláusulas em detrimento da proteção integral do consumidor, enquanto a segunda relaciona-se com uma pretendida transferência de responsabilidade da operadora da agência de turismo para os prestadores dos específicos serviços a serem desenvolvidos no decorrer da viagem.

3.2.1 Limitações de responsabilidade nos âmbitos legal e contratual

A fim de responder ao primeiro dos questionamentos suscitados, convém analisar a suposta hierarquia do CDC frente a tratados internacionais e a leis ordinárias anteriores ao seu implemento.

3.2.1.1 A prevalência do CDC sobre os tratados e convenções internacionais e a inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica

Aspecto imprescindível a ser analisado é quanto à hierarquia do Código de Defesa do Consumidor perante outras normas e tratados internacionais, que tratam de limitação de responsabilidade no tocante ao transporte aéreo nacional e internacional.

A Convenção de Varsóvia, introduzida no direito brasileiro pelo Decreto n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931, posteriormente alterada pelo protocolo de Haia, dispõe que o transportador responde pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo viajante, sempre que o acidente tenha ocorrido a bordo de aeronave ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque (art. 17). O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram seus prepostos, as medidas necessárias para que não se produzisse o dano ou que não lhes foi possível tomá-las (art. 20).

Após a vigência do CDC, tornou-se polêmica essa indenização limitada. De um lado, há os que sustentam que, sendo integral o dever de indenizar estatuído pelo Código (art. 6º, VI), as hipóteses de responsabilidade tarifada restaram afastadas. De outro lado, os cultores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece este último.

No tocante ao segundo grupo, figura o professor Rui Stoco²⁰, que defende a sobrevivência da Convenção e dos pactos internacionais que lhe sucederam frente à legislação interna. Assim dispõe o douto jurista:

Sendo a Convenção de Varsóvia lei interna específica sobre transporte aéreo e dispondo o CDC genericamente sobre as relações de consumo e serviços, não regulamentando inteiramente a matéria de que trata aquela, subsume-se à perfeição ao disposto no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/42), de modo que a lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Não é o que ocorreu (...) Cabe acrescentar um último argumento. A formação e vigência de qualquer tratado ou convenção ao nível internacional depende de várias etapas ou fases (...). Portanto, o país subscritor de um tratado ou convenção compromete-se e empenha-se com outras nações às quais adere em unidade de intenções, prometendo tal e qual comportamento. Diante disso um tratado só pode ser revogado por lei interna após a deliberação nesse sentido e denúncia formal do tratado perante as demais nações convenientes, sem se deslembrar que alguns desses ajustes não permitem denúncia ou reservas, salvo mediante algumas condições.

Não obstante a excelência dos argumentos e a autoridade de quem provêm, divergimos, *data venia*, do entendimento do célebre Rui Stoco. É bem verdade que, há época em que a Convenção foi recebida no país, a existência de um teto para reparação dos danos teve como causa a percepção de que as companhias

²⁰ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 287.

aéreas, cujo desenvolvimento era ainda incipiente, não deveriam estar expostas aos rigores do direito comum. A insegurança do tráfego aéreo naquele período, origem de muitos acidentes, recomendava a adoção de regime jurídico especial para o transporte aéreo com a finalidade de estimular o aperfeiçoamento do setor. Afinal, a condenação ao pagamento de expressivos montantes de indenização a que estavam sujeitas as companhias aéreas ameaçava comprometer a sua consolidação, desaconselhando novos investimentos.

A realidade de hoje é diversa. Além de um maior número de equipamentos de segurança e controle do tráfego aéreo, há contratos subsidiários do principal, como o de seguro, que asseguram os danos diante da ocorrência de algum sinistro. Sendo assim, manifesto a nossa adesão ao grupo que defende a revogação da Convenção de Varsóvia em tudo aquilo que estiver em desacordo com a proteção dos direitos do consumidor. Entre nós, é grande defensor do primado do CDC o professor Sérgio Cavalieri Filho²¹, que proclama:

(...) a nossa Suprema Corte, desde o julgamento do RE 80.004, que se desenrolou de fins de setembro de 1975 a meados de 1977, firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do país. Logo, em face do conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, (...). Desde então – e o Supremo Tribunal Federal ainda não mudou a sua posição –, parece-me não mais existir nenhuma sustentação para a tese do primado do Direito Internacional, pelo quê entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia.

Corroborando com o posicionamento ora exposto, observem-se os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE VÔO INTERNACIONAL. NOVA CONEXÃO POR PAÍS CUJOS PAS-

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 341, grifo do autor.

SAGEIROS NÃO DETINHAM VISTO DE ENTRADA. ATRASO DE, PELO MENOS, 36 HORAS DA CHEGADA EM RELAÇÃO A HORA PREVISTA. DANOS MORAIS DEVIDOS. MULTA TARIFADA. DESCABIMENTO.

A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de vôo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro. Hipótese em que, contudo, a indenização por danos morais foi fixada em valor exorbitante. Com a reparação dos danos morais e afastada a ocorrência de danos materiais, não tem cabimento a condenação da empresa aérea transportadora, por atraso de vôo, com base no art. 22 da Convenção de Varsóvia. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 575486/RJ, 4ª T., DJ 21/06/2004, p. 228, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, grifos nossos.)

Todo transporte aéreo realizado exclusivamente dentro do território nacional é disciplinado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, cujos princípios, no que respeita à responsabilidade do transportador, não divergem daqueles que foram consagrados pela Conversão de Varsóvia. Tal como no transporte internacional, é limitada a responsabilidade do transportador, nos termos dos artigos 246 e 257 do CBA. Reiteramos, aqui, o que já ficou dito nos parágrafos anteriores: o Código do Consumidor derogou os dispositivos que estabelecem responsabilidade *tarifada* para as empresas de turismo. Apresenta posicionamento semelhante o desembargador Cavalieri Filho²²:

A questão, aqui, é bem mais singela do que no caso de conflito entre o Código do Consumidor e a Convenção de Varsóvia. O Código Brasileiro de Aeronáutica é lei nacional, tal como o Código do Consumidor, e, sendo este posterior àquele, há de prevalecer

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 349, grifo do autor.

naquilo que dispôs de forma diferente. Não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei geral posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – lex posterior generalis non derogat priori speciali –, porque essa regra, além de não ser absoluta, não tem aplicação no caso em exame.

Além disso, o CDC, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5º, XXXII), veio para implantar uma política nacional de relações de consumo a fim de tutelar os interesses patrimoniais e morais de seus destinatários, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança. Ao assim fazer, disciplinou não só aquilo que ainda não estava disciplinado como, ainda, alterou a disciplina que já existia em leis especiais. Novamente é apresentada sobre o tema uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRA-VIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. – Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 538685/RO, 4ª T., DJ 16/02/2004, p. 269, Rel. Ministro Barros Monteiro)

As palavras de Tepedino²³ esclarecem e sintetizam a questão:

No direito brasileiro, todavia, como já se esclareceu, através de vozes majoritárias, em tema de responsabilidade do transportador aéreo, o Código de Defesa do Consumidor revoga o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº. 7.505/86), bem como as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, em tudo que estiver em desacordo

²³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.256.

com a proteção dos direitos do consumidor, tutela inserida na ordem pública interna e expressa da norma constitucional.

3.2.2 Responsabilidade solidária e objetiva das agências de turismo

Superada a questão da verificação da culpa, já que o Código das relações de consumo adotou expressamente a responsabilidade objetiva, devemos analisar três condições que, sob a ótica da prestação de serviços, conduzem à responsabilização do fornecedor.

A primeira delas é a *colocação do serviço no mercado*, isto é, fazer ingressar em circulação comercial, dar início a um serviço potencialmente danoso e que possa causar lesões aos interesses dos consumidores. Em seguida, sobressai uma *relação de causalidade* entre a ação do fornecedor (ou a sua omissão) e o dano verificado. Ao fim, chegamos ao *dano ressarcível*, consubstanciado nos prejuízos efetivos, diretos e imediatos, e também nos lucros cessantes.

Assim, presentes essas três circunstâncias, não há o que se discutir sobre a responsabilidade do fornecedor. Surge, então, uma dúvida quanto à abrangência dessa responsabilidade.

Antes de qualquer solução para esse ponto, imaginemos o objeto do contrato de turismo, formado por uma série de núcleos (transporte, hospedagem, alimentação, seguros, etc.) e representado por uma cadeia de fornecedores. Há, sem dúvidas, para o turista algumas dificuldades na identificação da responsabilidade quando algo ocorre diferente do planejado.

Trazendo um exemplo prático, suponhamos um pacote turístico montado por uma agência de viagens, que dispunha de um hotel mal localizado, com quartos sujos e desprovido de conforto, ou de um meio de transporte deficiente, com péssimas condições de segurança. Nesse caso, deveria o consumidor se insurgir individualmente contra cada um dos prestadores de serviço ou teria a agência de viagem responsabilidade nessa relação? Sem maiores digressões, verificamos aí uma solidariedade da agência, na medida em que planeja mal a excursão e falha ao selecionar os fornecedores de serviço turístico.

Parece inegável que, uma vez definida a autonomia causal do contrato de turismo, a responsabilidade da operadora ou da agência de viagens independe das cláusulas estipuladas em cada um dos contratos que integram o pacote turístico, cabendo ao consumidor acionar qualquer um dos fornecedores dos

serviços, solidariamente responsáveis pela segurança e pelo atendimento do programa de turismo que lhe foi vendido. Manifesta-se Tepedino²⁴:

A agência de turismo responsabiliza-se pelo bom êxito do pacote, para isso contratado, sem prejuízo da responsabilidade contratual fixada em cada um dos serviços que o compõe e do direito de regresso que eventualmente poderá exercer contra outros agentes, co-responsáveis pelos serviços desenvolvidos no curso da relação contratual.

O art. 34 do CDC, segundo pensamos, também dá suporte a tal entendimento, ao dispor que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. Assim, tanto quem vende – intermedeia – quanto quem organiza – opera – a excursão é responsável pelo que vende; agentes outros do contrato são “prepostos”, *strictu sensu*, ou “representantes autônomos”; o que, no caso, é desimportante, visto que ignorar o fornecedor os defeitos do serviço ou produto de seu representante, ou “agente vinculado”, não lhe exclui a responsabilidade.

E, sobre a responsabilidade da Agência de Turismo Operadora, dispõe o item 1.2 da Deliberação Normativa 161 da Embratur²⁵ (Anexo 1), em condições gerais:

A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por eles contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 255.

²⁵ BRASIL. Deliberação normativa nº 161, de 09 de Agosto de 1985. Ministério da Indústria e do Comércio - Empresa Brasileira de Turismo. Disponível em: <http://institucional.turismo.gov.br/portalmtur/opencms/institucional/legislacao/arquivos/deliberacao_normativa_n_161_85_09_agosto_1985.html>. Acesso em: 20 abr. 2008.

Cláudia Lima Marques²⁶, pretendendo conferir ao contrato de turismo contornos definitivos, chegou a admitir a existência de uma “nova responsabilidade” com nuances próprias, assumida pelo fornecedor que, no caso, são as próprias agências:

O resultado prático da inversão de papéis (da caveat emptor para a caveat venditor) e da imposição legal de novos deveres aos fornecedores, também no ramo de turismo, foi reconhecido pela jurisprudência de uma nova responsabilidade (própria e solidária) para as agências de viagens, as quais comercializam os chamados ‘pacotes turísticos’ e passam a ser responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por elas escolhidos e previamente contratados.

Apesar da taxatividade do referido art. 34 do CDC, que abrange, inclusive, os atos de prepostos ou representantes autônomos, há parcela da doutrina que defende a *irresponsabilização* das agências de viagem, quando praticam o serviço de intermediação. Assim, caso a agência se limite a vender passagens aéreas ou, então, pacotes turísticos já formulados por outra empresa, estaria na condição de mera intermediária e, com isso, não responderia pelos atos e fatos de terceiros.

Para o professor Paulo Jorge Scartezzini²⁷, situações como esta não configuram sequer o contrato de turismo, pois a agência estaria atuando como mera representante de outra empresa (fornecedora final do serviço). Por essa razão, defende o autor paulista a inexistência de responsabilidade pela agência de viagem diante do descumprimento ou cumprimento imperfeito do contrato, pois se situa apenas como prestadora de um serviço de intermediação.

Para responder o problema que ora se apresenta, buscamos o auxílio da doutrina européia. Sem sombra de dúvidas, o direito europeu se apresenta muito mais desenvolvido no que se refere ao turismo do que o nosso. A existência de legislação específica em cada estado-membro somada à profusão de diretivas da União Européia sobre o assunto demonstram o avanço do tema turismo no velho continente.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 455-456, grifo do autor.

²⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

Em Portugal, por exemplo, o legislador previu, através do art. 39º, 3, do Decreto-Lei nº 209/97, uma responsabilidade objetiva e solidária entre a agência organizadora e a agência vendedora, podendo aquele que desembolsou o valor, regressivamente, cobrar do verdadeiro culpado.

Em comentário sobre esse artigo, e com a perspicácia que lhe é característica, o professor luso Miguel Miranda²⁸ diz que:

Na prática, isto implica que a agência intermediária, aquela com quem o cliente contratou uma viagem preparada por outra agência, pode ser responsabilizada objetivamente pelos prejuízos causados pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações próprias da agência organizadora e, também, objectivamente pelos prejuízos decorrentes da actuação dos prestadores de serviços durante a execução da viagem. Incide, pois, sobre a agência intermediária, uma responsabilidade objectiva, muito favorável aos interesses do cliente, dando-lhe a possibilidade de accionar directamente aquela com quem contratou e de obter a reparação efectiva dos seus prejuízos, o que se revelará especialmente eficaz quando a agência organizadora e os diversos prestadores de serviços tenham sede no estrangeiro.

Importa, no momento, saber como nossos Tribunais se manifestam a respeito do tema. Desponta o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

DANO MORAL. PAGAMENTO POR SERVIÇO DE TURISMO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE DA AGÊNCIA DE TURISMO E DA OPERADORA. QUANTUM INDENIZATÓRIO BEM PONDERADO. Agência de turismo que divulga pacotes de serviços e celebra contratos com consumidores em nome de agência operadora daqueles serviços assume posição de preposta desta última, respondendo solidariamente pelos eventuais danos sofridos pelo consumidor, no caso de o serviço contratado não

²⁸ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 219 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, op. cit., p. 278.

ser prestado. Inteligência dos arts. 34 e 25, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (...). (TJRJ, 16ª Câm. Cív., AC 200200129520, Julgado em 11/02/2003, Rel. Des. Edson Vasconcelos).

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou tal entendimento, conforme demonstrado no acórdão, *in verbis*:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. HOTEL. PISCINA. AGÊNCIA DE VIAGENS.

- Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.*
- A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC.*
- A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.*
- Recursos conhecidos e providos em parte. (STJ, REsp 287849/SP, 4ª T., DJ 13/08/2001, p. 165, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).*

Vale salientar que o CDC veda a denúncia à lide em seu art. 88, ou seja, a agência de viagem não pode propor que o pedido de ressarcimento seja feito no mesmo processo.

Assim, somente após indenizar o consumidor, poderá o agente de viagem, com base no parágrafo único do art. 13 do CDC, propor uma ação de regresso contra aquele fornecedor, que foi o verdadeiro responsável pelo evento.

É bom frisar que essa ação regressiva proposta pela agência que indenizou o consumidor, contra o fornecedor do serviço inadequado, não poderá ser fundada no Código de Defesa do Consumidor, já que entre os dois contratantes não há relação de consumo. É ainda importante dizer que o cliente, pelo princípio da boa-fé objetiva, deve colaborar com o organizador para que esse possa ser ressarcido dos valores desembolsados. Isto significa, por exemplo, que o consumidor deve fornecer documentos, prestar depoimento, etc.

Por fim, verbera o notável Rui Stoco que as empresas relacionadas com a atividade turística deverão assumir o risco integral pelos danos causados às

pessoas e coisas transportadas, eximindo-se exclusivamente por força maior ou caso fortuito (art. 393, parágrafo único do Código Civil).

De fato, apesar de não previstas expressamente na lei de proteção, tanto o caso fortuito quanto a força maior possuem força liberatória e, por isso, quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto/serviço e o dano causado ao consumidor. Nesse sentido, mesmo antes da edição do código do consumidor, já se posicionava a doutrina²⁹.

Importante aqui apenas reforçar a idéia de que o requisito de inevitabilidade deve ser visto não através de um confronto com o “homem médio”, mas, no caso do turismo, em comparação com um profissional diligente, cuidadoso e que presta todas as informações necessárias ao consumidor.

Dessa forma, por evoluir o contrato em tela uma expectativa do cliente, baseada em uma obrigação de resultado, deve a agência sempre oferecer ao consumidor uma outra opção de viagem diante de alguma imprevisto. Não pode, simplesmente, sob pena de violar o princípio da boa-fé objetiva, abandoná-lo, com a alegação de impossibilidade de cumprimento de sua obrigação.

Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ser descabida qualquer indenização ao passageiro, já que comprovada a ocorrência de força maior. Consta da ementa:

Ordinária de indenização fundada na consideração de descumprimento de pacote turístico. Passeio cancelado em razão de condições meteorológicas adversas. Força maior configurada. Substituição por estadia em cidade próxima, em hotel de primeira classe. Integral cumprimento do contrato por parte da ré. Dano improvable. Improcedência. (TJRJ, AC 7.935/96-RJ, Rel Des. Amaury Arruda de Souza, Julgado em 11/03/1997).

Não se podem incluir nessa eximente de responsabilidade os casos do *overbooking* e do extravio de malas nos meios de transporte e de hospedagem. Essas situações, muitas vezes previsíveis, são causadas pelo próprio fornecedor do serviço, assumindo a organizadora da viagem uma co-responsabilidade.

²⁹ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.

3.2.3 Férias Frustradas

Além de tudo o que já foi dito sobre o dano material, importante nesse instante trazer algumas idéias sobre o dano não patrimonial no caso específico das viagens de férias.

A doutrina estrangeira reserva inúmeras expressões para designar o assunto: em Portugal, fala-se em *férias arruinadas*; na Espanha, *vacaciones malgastadas*; na Inglaterra costuma-se falar da *mental distress*; na Itália, *vacanza rovinata*³⁰ é a situação na qual a viagem de férias, tanto esperada e programada, acaba por frustrar as expectativas do viajante. Ao invés de repousar, descansar e se divertir, acaba por se irritar e se aborrecer.

Além da indenização pelos danos patrimoniais, que muito já se discutiu, convém traçar ainda algumas explicações sobre o dano moral, assegurado como direito fundamental e previsto no art. 5º, inc. V, da Carta Magna.

O tema é muito debatido na doutrina e na jurisprudência estrangeira, procurando-se, no que for possível, aceitar a indenização por esses danos. Na Itália, por exemplo, se mostra imprescindível a tutela dos danos não patrimoniais³¹, considerados aqueles derivados do incômodo e do sofrimento psicológico, que alteraram a presumida serenidade de uma viagem de férias.

Essa situação pode acontecer tanto antes da partida, com o cancelamento indevido da viagem, a alteração do roteiro ou a mudança dos prestadores de serviços, como também durante a execução do pacote, com o abandono do viajante no aeroporto, reiterados atrasos do prestador de serviços local ou na hipótese do guia local não falar a língua dos excursionistas.

A discussão, hoje em dia, consiste em saber qual espécie de prejuízo pode ensejar o pagamento de danos morais. Será que o simples fato de o consumidor não ter simpatizado com a decoração do hotel ou com o tempero da comida local é suficiente para gerar algum tipo de indenização?

É importante frisar que não são passíveis de indenização as frustrações, aborrecimentos e irritações de cunho puramente subjetivo de um consumidor. Além do mais, também não configuram descumprimento contratual os danos

³⁰ TAMBURINO, Simone. Il problema del risarcimento nel contratto di viaggio organizzato. Diritto & Diritti – rivista giuridica on line, Ragusa, febb. 2001. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/civile/tamburino.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

³¹ TENAGLIA, Mauro Leo. Il danno da vacanza rovinata nella prospettiva della responsabilità contrattuale o extracontrattuale e del danno patrimoniale o non patrimoniale. Diritto & Diritti – rivista giuridica on line, Ragusa. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/20624.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

considerados absolutamente insignificantes, como o atraso de quinze minutos do funcionário da agência para pegar o passageiro de férias no aeroporto. No mais, podemos falar em danos morais, cabendo ao magistrado a quantificação desse dano.

Como exemplo de *férias frustradas*, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no seguinte *leading case*:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍCIO DE QUALIDADE. ART. 20, CDC. VIAGEM TURÍSTICA. DANO MATERIAL E DANO MORAL DISTINÇÃO. OPÇÃO DO CONSUMIDOR. ADEQUAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Na prestação de serviços de viagem turística, o desconforto, o abalo, o aborrecimento e a desproporção entre o lazer esperado e o obtido não se incluem entre os danos materiais, mas pertencem à esfera moral de cada um dos viajantes, devendo a esse título ser ressarcidos.

II - Os danos materiais, que sabidamente se distinguem dos morais, devem recompor estritamente o dispêndio do consumidor efetuado em razão da prestação de serviços deficiente, sem o caráter de punir o fornecedor.

III - O direito de opção mencionado no art. 20, I a III do Código de Defesa do Consumidor, relaciona-se com a suficiência da reparação do dano, não devendo afrontar nem a proporcionalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado, nem o princípio que veda o enriquecimento indevido. (STJ, 4ª T., REsp 328182/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/02/2002, p. 390).

Não há objetivamente um critério para a quantificação do dano moral, o que dá ao magistrado certa liberdade na fixação da indenização. Todavia, essa liberalidade não pode se confundir com arbitrariedade, devendo o julgador estipular um valor que amenize o sofrimento do viajante, porém sem caracterizar um enriquecimento indevido.

3.2.4 A irresponsabilização proposta pelo Projeto de Lei 5.120/2001

Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, inclusive com a aprovação da redação final na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 5.120-C/2001 que, na contramão da defesa do consumidor, possui dispositivos que isentam as agências de viagens da responsabilidade pelos serviços que presta. Entre artigos aparentemente favoráveis, o que o projeto estabelece, realmente, é isenção de responsabilidade das agências, pelo não cumprimento dos serviços por ela intermediados.

O PL pretende afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, reduzindo-o a mera aplicação subsidiária e acessória, conforme o atual artigo 11 do diploma. A limitação da responsabilidade encontra-se presente em inúmeros dispositivos, entre eles o artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. Ressalvados os casos de comprovada força maior, razão técnica ou expressa responsabilidade legal de outras entidades, a Agência de Viagens e Turismo promotora e organizadora de serviços turísticos será a responsável pela prestação efetiva dos mencionados serviços, por sua liquidação junto aos prestadores dos serviços e pelo reembolso devido aos consumidores por serviços não prestados na forma e extensão contratadas, assegurado o correspondente direito de regresso contra seus contratados.

Esse dispositivo apresenta como exceções as modalidades mais comuns de ineficiência nos contratos de turismo. Exemplificando: no caso de força maior, se o hotel reservado sofresse um incêndio, não podendo continuar, por óbvio, a prestar seus serviços normalmente, a agência não tem qualquer obrigação de providenciar outro, nas mesmas características; no contexto de razão técnica, se o voo não decola por motivos de manutenção e o passageiro perde um dia da viagem pela qual pagou integralmente, a responsabilidade é, única e exclusivamente, da companhia; já em relação à responsabilidade de outros, caso a companhia aérea pratique o famigerado *overbooking*, a agência se exime de qualquer responsabilidade.

Continuando, o artigo 17 determina que “os serviços turísticos para fruição no exterior, salvo quando seu prestador tiver representação no Brasil, serão de responsabilidade das Agências de Turismo que os operem ou vendam.” Como

sempre, para os menos atenciosos, parece que os artigos em questão trazem benesses ao consumidor, mas, pelo contrário, procuram enganar e ludibriar os leigos com exceções que representam verdadeiras regras na realidade atual. No dispositivo em comento, caso o passeio de *bateau mouche* em Paris, que eu contratei aqui, não acontece, a agência só responde se não houver, aqui no país, representação da empresa responsável pelo passeio.

Felizmente, em uma demonstração exemplar de que o sistema político brasileiro está assentado em bases sólidas, podemos assistir hoje a uma mudança de paradigma na discussão da legislação das Agências de Turismo no âmbito do Senado Federal.

Apesar de, em tese, ser a Câmara dos Deputados a representante direta dos anseios da população brasileira à medida que o Senado Federal preocupa-se antes de tudo com as expectativas dos Estados, a casa que verdadeiramente fez valer a posição do consumidor nacional foi o Senado. Explicamos.

Logo ao chegar à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, os parlamentares dessa casa perceberam o rumo desvirtuado que tomava o projeto de lei e, de pronto, realizaram diversas modificações. Entre elas destacam-se: a Emenda nº 2 deu nova redação ao art. 12 para explicitar a responsabilidade objetiva das Agências de Turismo pelos “danos causados nos serviços prestados diretamente ou contratados de terceiros e por estes prestados e executados”; a Emenda n.º 12 modificou o art. 11 do antigo projeto para ressaltar a incidência do CDC aos contratos de turismo, como forma de harmonizar o texto com a importância constitucional que o constituinte originário emprestara à matéria (art. 5.º, XXXII, da Carta Magna); além de outras supressões e mudanças que mudaram a “cara” daquele projeto arcaico que fora aprovado pela Câmara.

Todavia, as alterações mais radicais vieram em momento seguinte, quando transitou o projeto de lei na Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo. Ao ressaltar as importantes emendas realizadas pela CCJ, a CDR não se furtou em tecer inúmeras críticas ao projeto aprovado pela Câmara, acusando-o de ser manifestamente contrário à tutela dos consumidores.

Por essa razão, propôs a CDR a completa reformulação do projeto, para privilegiar a proteção do consumidor, excluindo-se os arts. 12, 13, 14 e 15 e ressaltando as emendas sugeridas pela CCJ e não prejudicadas por essas supressões. Nesse aspecto, fora retirado do projeto o artigo que excluía a responsabilidade das agências de viagem que atuava na condição de intermediária, ao vender serviços turísticos de terceiros, e também o dispositivo que

tornava amplas em excesso as exceções à responsabilidade das operadoras, pois tal grau de generalidade na ressalva levaria a regra da responsabilidade a sua ineficácia.

Destarte, procurou a comissão afastar qualquer tentativa de restrição da responsabilidade por parte das agências ou operadoras de turismo. Com essas alterações, espera o Senado Federal que a Lei das Agências de Turismo cumpra seu papel de regulamentar a atividade no Brasil, fomentando o turismo sem trazer prejuízo à defesa do consumidor de serviços turísticos.

4. CONCLUSÃO

A atividade turística nacional já mereceu toda espécie de tratamento pelo legislador ordinário, desde a patente intervenção do Estado na época do regime militar com a promulgação do Decreto-lei n.º 55/66, que fixou as bases da então Empresa Brasileira de Turismo – EMBRATUR, até os regulamentos mais liberais da década de 80, já sob os auspícios da nova ordem constitucional brasileira.

Essa constante mudança de paradigma impediu o desenvolvimento de um estudo sistematizado sobre o setor turístico e se reflete hoje nas inúmeras dificuldades enfrentadas no manejo do contrato de turismo.

Em verdade, a situação somente começou a mudar com a Constituição Federal de 1988 e, logo em seguida, com o código das relações de consumo, o qual trouxe em seu bojo a proteção incondicionada da parte mais vulnerável do contrato, o consumidor-turista.

Diante das profundas alterações trazidas pelos diplomas mais recentes, não paira qualquer dúvida quanto à atual responsabilidade objetiva e solidária da agência de viagem diante de algum defeito no serviço turístico prestado por toda a cadeia de fornecimento.

Entretanto, preocupou-nos a pretensa irresponsabilização das agências de turismo apresentada pelo PL 5.120/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, que previa a diminuição da proteção dada ao consumidor de serviços turísticos. Felizmente, o Senado Federal tem revertido o tratamento dado à matéria pelo projeto e novamente orientou a legislação para a tutela do ente mais frágil da relação.

É preciso ter presente que a redução do nível de proteção do consumidor de serviços turísticos não parece ser uma boa forma de fomentar o turismo.

Ao contrário, é razoável imaginar que a um ganho da indústria do turismo decorrente da redução da responsabilidade das Agências de Viagem corresponderia uma diminuição do número de potenciais turistas, causado pela redução da proteção ao consumidor viajante.

Nesse diapasão, devemos nos conscientizar da especial atenção que os contratos de turismo estão a merecer, seja pelo significado social – a transferência das preocupações de organização da viagem para uma empresa especializada a fim de assegurar a expectativa de realização plena de lazer, cultura, diversão e prazer – e econômico – a pujança do setor nos últimos anos –, seja pelas características singulares de que se revestem. E, por fim, torna-se imperioso rechaçar qualquer proposta legislativa no sentido de limitar a responsabilidade das empresas turísticas, sob pena de destruir todas as garantias arduamente conquistadas pelos usuários do turismo nos últimos tempos.

REFERÊNCIAS

Livros

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **A responsabilidade jurídica das agências de viagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAMEDE, Gladston. **Direito do consumidor no turismo**: código de defesa do consumidor aplicado aos contratos, aos serviços e ao marketing do turismo. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito do turismo**: legislação específica aplicada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**: Lei 8.078, de 11.09.1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Luciana Padilha Leite Leão da. **A responsabilidade civil nos contratos de turismo em face ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Periódicos

Brasileiro gastou mais de R\$ 1 bi no exterior. **Jornal do Commercio**, Recife, 24 mar. 2007. Economia.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 28, out./dez. 1998.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. Responsabilidade solidária das agências de turismo segundo o Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/90. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2001.

MAROTTA, Wander. Indenização do dano moral nos serviços de turismo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2001.

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Responsabilidade civil nos contratos de turismo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, ano 7, n. 8, jun. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, jul./set. 1992.

SPODE, Guinther. Turismo e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Pacote de viagem: vício do serviço e decadência do CDC. **Revista Jurídica**. São Paulo, Moderna, v. 48, n. 279, jan. 2001.

Meio eletrônico

BRASIL. Deliberação normativa nº 161, de 09 de Agosto de 1985. Ministério da Indústria e do Comércio - Empresa Brasileira de Turismo. Disponível em: <http://institucional.turismo.gov.br/portalmtur/opencms/institucional/legislacao/arquivos/deliberacao_normativa_n_161_85_09_agosto_1985.html>. Acesso em: 20 abr. 2008.

FÉRIAS VIVAS. Projeto de lei vai na contramão da defesa do consumidor e isenta agências de turismo de responsabilidade. São Paulo, jan. 2004. Disponí-

vel em: <http://www.feriasvivas.org.br/v5/secoes/comunicacao/releases_link.asp>. Acesso em: 21 abr. 2008.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://v.houaiss.uol.com.br/zoom.php?verbete=turista>>. Acesso em: 05 maio 2008.

IDEC. Agências de viagem tentam fugir do CDC: associação de consumidores apóia campanha do Idec. **IDEC em ação**. Jan. 2004. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=560>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

TAMBURINO, Simone. Il problema del risarcimento nel contratto di viaggio organizzato. **Diritto & Diritti – rivista giuridica on line**, Ragusa, febb. 2001. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/civile/tamburino.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

TENAGLIA, Mauro Leo. Il danno da vacanza rovinata nella prospettiva della responsabilità contrattuale o extracontrattuale e del danno patrimoniale o non patrimoniale. **Diritto & Diritti – rivista giuridica on line**, Ragusa. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/20624.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

REFLEXÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

*Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife-PE.
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor Substituto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de
Pernambuco – UFPE. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da
Faculdade Boa Viagem – FBV.*

Sumário: 1. Intróito; 2. Breve referência às cláusulas pétreas no direito estrangeiro; 3. A razão de ser das cláusulas de imutabilidade; 4. As cláusulas pétreas no Brasil; 5. Aspectos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma; 6. A teoria da dupla revisão; 7. O paradoxo das cláusulas pétreas; 8. Análise da legitimidade das cláusulas de imutabilidade no regime democrático; 9. O papel do STF na delimitação das cláusulas pétreas; 10. Conclusão; 11. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio tem o intuito de desenvolver reflexões críticas sobre a legitimidade das cláusulas pétreas nos regimes democráticos. Para tanto, o autor inicia o artigo com um breve histórico das cláusulas pétreas no direito estrangeiro. Após, são averiguadas as razões que comumente motivam a sua criação. O texto analisa o instituto no ordenamento jurídico brasileiro e, mais adiante, destaca os pontos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma. Aborda então a teoria da dupla revisão e o paradoxo das cláusulas pétreas. Por fim, questiona a legitimidade dessa figura jurídica no regime democrático e o papel do Supremo Tribunal Federal como intérprete central do instituto e definidor do seu sentido e alcance, apontando as conclusões atingidas.

1. INTRÓITO

Este artigo tem o intuito de desenvolver reflexões críticas sobre a legitimidade das cláusulas pétreas¹⁻² nos regimes democráticos.

Cláusulas pétreas, no dizer de Uadi Lammêgo Bulos³:

“são aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso do mencionado §4º do art. 60.

Total, pois contêm uma força paralisante e absoluta de toda a legislação que vier a contrariá-las, quer implícita, quer explicitamente.”

Não são em grande número, especialmente no Brasil, os estudos que apontam críticas ao instituto das cláusulas pétreas. Na verdade, a maioria dos doutrinadores limita-se, de forma acrítica, a prestar homenagem a elas. Tentaremos examinar a matéria sob um ponto de vista diverso, perquirindo, em suma, acerca da própria existência das limitações materiais ao poder de reforma.

Para tanto, iniciaremos o trabalho por um breve histórico das cláusulas pétreas no direito estrangeiro. Após, averiguaremos as razões que comumente motivam a sua criação. Prosseguiremos com uma análise sobre o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Mais adiante, destacaremos os pontos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma. Abordaremos então a teoria da dupla revisão e o paradoxo das cláusulas pétreas. Por fim, partiremos para o questionamento acerca da legitimidade dessa figura jurídica no regime democrático e sobre o papel do Supremo Tribunal Federal como

¹ Designadas por Pinto Ferreira de “limitações materiais ao poder de reforma”, por Edvaldo Brito de “cerne imodificável”, por Karl Löwestein de “disposições inatingíveis” e por Jorge Miranda de “limites materiais de revisão constitucional”. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 92, mai. 2003, p. 41, e TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. Jurisprudência Brasileira Criminal, n. 46, p. 65.

² Ainda sobre a expressão ‘cláusulas pétreas’, Ronaldo Poletti assevera que “a denominação não poderia ser pior, porque ela enseja, pelo menos, um sentido pejorativo: a petrificação. Petrificar uma Constituição jurídica ou parte dela representa o absurdo do imobilismo. Além disso, uma geração não tem o direito de comprometer as gerações futuras com a imutabilidade”. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. As cláusulas pétreas: as falsas e as verdadeiras. Revista Jurídica Consulex, Brasília-DF, ano VII, n. 146, fev. 2003, p. 7.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas pétreas e direito adquirido. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2006. P. 7.

intérprete central do instituto e definidor do seu sentido e alcance, destacando as conclusões que tivermos atingido.

2. BREVE REFERÊNCIA ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Alexandre de Moraes informa o seguinte sobre o surgimento das cláusulas pétreas⁴:

“A previsão de matéria constitucional imutável e, conseqüentemente, não sujeita ao exercício do Poder Constituinte Reformador, surgiu com a Constituição norte-americana de 1787, que previu a impossibilidade de alteração na representação paritária dos Estados-membros no Senado Federal”.

Atualmente, várias Constituições consagraram o princípio doutrinário da limitação material do poder de revisão. Assim, expressamente o adotam a Constituição francesa de 1958 (art. 89, alínea 5), a Constituição italiana de 1947 (art. 139), a Lei Fundamental da República Alemã de 1949 (art. 79, alínea 3), a Constituição da Venezuela de 1961 (art. 3º), Constituição da República portuguesa de 1976 (art. 290) e a Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º)⁵, dentre muitas outras.

3. A RAZÃO DE SER DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE

Na verdade, a maior razão para a inclusão de cláusulas pétreas nas constituições é o receio consciente ou inconsciente da ingerência do Poder Executivo nos outros Poderes. Por este motivo, as cláusulas de imutabilidade são mais comuns em países que saíram de ditaduras e tentam se resguardar de uma volta ao passado recente por meio da proibição de mudança em certos

⁴ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1152.

⁵ Cf. NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, a. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 84.

pontos da Carta Magna. A título exemplificativo, confira-se a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 79, alínea 3, c/c o artigo 1º, *in verbis*⁶:

“Artigo 79. [Revisão da lei fundamental].

(3) É inadmissível qualquer revisão desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados-membros ou a participação, por princípio, dos Estados-membros na legislação ou os princípios consagrados nos artigos 1º e 20.

Artigo 1º. [Proteção da dignidade da pessoa humana].

(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito diretamente aplicável, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (tradução nossa).

Observa-se que a Constituição alemã considerou a dignidade da pessoa humana e o regime federativo como cláusulas pétreas, justamente por estes terem sido os princípios mais atingidos durante o regime nazista.

Acerca da necessidade de estipulação de limites materiais ao poder de revisão, trago à colação o ensinamento de Márcio Iorio Aranha⁷:

⁶ No original: “Artikel 79. [Änderung des Grundgesetzes]. (3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig. Artikel 1. [Menschenwürde; Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt]. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ DATENSCHUTZ UND RECHT. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/gg/>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

⁷ ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília-DF, n. 7, p. 389-390.

“(...) fala-se de um conteúdo objetivo, que deriva da constatação de que uma constituição, embora historicamente surgida da necessidade de estruturação estatal para o fim de limitação e de preservação do poder político, passou a refletir, com o tempo, valores básicos a serem protegidos até mesmo contra o querer democrático”.

No tocante a essa questão, Kirchhof afirma que⁸:

“Enquanto o agravamento do processo revisor pretende proteger o texto constitucional contra a política constitucional precipitada, os limites materiais buscam proteger a constituição contra o absolutismo da maioria reformadora. Por isso mesmo a técnica das ‘cláusulas pétreas’ já foi qualificada de ‘rigidez de segundo grau’”.

Por outro lado, sabe-se que nem todos os países possuem cláusulas inatín-gíveis em suas Constituições. A Inglaterra, por exemplo, não tem nem sequer Constituição escrita (e muito menos cláusulas pétreas) e a sociedade britânica vive há séculos sem qualquer problema atribuível a essa ausência. Porém, é fato assente que das democracias mais antigas hoje existentes, apenas Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Islândia dispensam uma Constituição rígida, que estabeleça limites às decisões tomadas pela maioria parlamentar. Percebe-se, contudo, que se trata de uma parcela minoritária na presente quadra histórica.

Nessas democracias referidas, o tecido social é firme e homogêneo, e o consenso sobre as regras de sociabilidade é estável, o que torna dispensáveis impedimentos constitucionais visando a restringir a vontade da maioria. O Poder Legislativo aí tudo pode, não havendo normas constitucionais imutáveis que bloqueiem as resoluções da maioria dos representantes do povo. Entretanto, nos países onde os embates legiferantes entre maiorias e minorias são muito intensos ou ainda onde existam resquícios de tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a observância das regras da democracia.

⁸ Apud COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 278.

4. AS CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Primeiramente, faz-se mister traçarmos um pequeno resumo da evolução histórica do assunto nas diversas constituições brasileiras. A Constituição de 1824 não previa cláusulas pétreas. Contudo, estipulava no preâmbulo e nos artigos 4º, 99 e 116, que Dom Pedro era o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil e que imperaria para sempre no país. Portanto, o Reinado de Dom Pedro I pode ser considerado uma cláusula pétrea da Carta de 1824. Em 1891, surgem as primeiras cláusulas pétreas explícitas, quais sejam, o regime republicano, a forma federativa de estado e a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, §4º). Situação similar persistiu na Constituição de 1934 (art. 178, §5º), mas sem referência à igualdade de representação dos Estados no Senado. A Constituição de 1937 aparece como a única em nossa história que não previu cláusulas pétreas. A Carta Magna de 1946, por sua vez, retomou a tradição das duas primeiras Constituições republicanas e também prescreveu que não seriam admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República, o que foi mantido com praticamente a mesma redação nas Constituições de 1967 e 1969º.

Na Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas estão previstas no art. 60, §4º, e são a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, *ad litteram*:

*“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

O núcleo de cláusulas pétreas foi consideravelmente alargado pela Constituição de 1988, se comparado com as Cartas anteriores, com exceção

º Para o histórico completo das cláusulas pétreas nas Constituições do Brasil, vide: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas pétreas como garantias dos direitos fundamentais. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília-DF, a. XXXII, n. 74, jan./jun. 2002, p. 27-31.

da forma republicana, que deixou de ser prevista como cláusula pétrea e foi submetida a um plebiscito, tendo o povo decidido pela sua manutenção. Atribui-se tal extensão a fatores históricos, ideológicos e também à influência decisiva de três grandes constitucionalistas portugueses, que visitaram o país durante os trabalhos constituintes, trazendo a experiência do processo constituinte português, a saber: José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Souza¹⁰.

5. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA

As cláusulas pétreas representam, sob um ponto de vista positivo, segurança jurídica e a garantia de que uma determinada matéria está acima da política cotidiana. Nesse caminho segue a afirmação de Cláudia de Góes Nogueira¹¹:

“Trata-se de garantias ao próprio Estado Democrático de Direito, vez que pretendem assegurar a identidade ideológica da Constituição, evitando a violação à sua integridade e a desnaturação de seus preceitos fundamentais. Protegem, em verdade, seu núcleo intangível”.

Por outro lado, um ponto negativo é o déficit democrático, porque as limitações ao poder de reforma impedem as mudanças e evoluções desejadas pelas gerações futuras. Com efeito, as alterações em questões regidas por cláusulas pétreas só são possíveis com a promulgação de uma nova Constituição, o que exige, via de regra, um processo revolucionário, armado ou não.

Em virtude disso, a decisão de tornar imodificável uma norma constitucional deve ser extremamente amadurecida, pois equivale a congelar *ad eternum* (enquanto viger a Lei Fundamental) a discussão política sobre aquele tema.

¹⁰ Cf. NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 84.

¹¹ NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 83.

O conteúdo imutável deveria ser somente o fundamental para a própria existência da comunidade sob o pálio de um regime democrático¹².

Demonstrando a tensão latente entre os aspectos positivos e negativos das cláusulas pétreas, veja-se a lição de José Guilherme Carneiro Queiroz¹³:

“Entretanto, como é notório, a Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (caráter analítico). Tal meritória busca acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. Esta escolha do legislador constituinte originário, apesar de extremamente bem intencionada é, sem sombras para discussão, pretensiosa (Vital Moreira), podendo acarretar prejuízo para a própria sociedade”.

No mesmo caminho, transcrevo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴:

“A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte (ou aquilo que Rawls designou de elementos constitucionais essenciais), evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar – consoante já lembrado na parte introdutória – na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”.

¹² SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. Revista da ESMAPE, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005, p. 132.

¹³ QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas. Revista de Direito Constitucional e Internacional, a. 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 194.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. Revista Interesse Público, n. 17, 2003, p. 60.

Interessante a visão de Stephan Kirste sobre o tema. O indigitado autor aborda o problema da legitimidade da atitude de uma maioria que, formada em determinado instante da história de um país para elaborar uma nova Constituição, submete as gerações futuras, *ad infinitum*, a uma norma criada sob circunstâncias históricas, sociais e culturais totalmente diversas das atuais. Nas palavras do referido jurista¹⁵:

“As normas controlam o problema da incerteza do futuro na medida em que contêm regulamentações vinculantes [rectius: vinculadoras] que não podem ser modificadas por meio dos atos que têm por objeto. O passado, isto é, a entrada em vigor das normas, transforma-se na perspectiva temporal que determina o agir presente. Friedrich Nietzsche chamou essa função um ‘aval do futuro’, sua pré-ordenação e sua antecipação. O ser humano é tornado um ‘animal’ que ‘pode prometer’ e é, assim, ao mesmo tempo impedido de esquecer e de autodeterminar-se no presente: ‘O ser humano tornou-se realmente previsível com a ajuda da moralidade dos costumes e das camisas-de-força sociais’.”

Em um mundo que se modifica rapidamente, essas pré-decisões constitucionais (*constitucional pre-commitments*) expressam um absurdo gnoseológico, mas deontologicamente são plenamente justificáveis, desempenhando as normas nada além de uma função no contexto da “colonização do futuro”, da garantia atual em contraposição à sua imprevisibilidade¹⁶. Na verdade, nota-se que o autor não está se referindo às cláusulas pétreas, mas apenas às normas constitucionais comuns.

Com o tempo, entretanto, as próprias normas são criticadas e se tornam objeto dos conflitos. Nessa perspectiva, é decisivo submeter os critérios de modificações das normas também a normas, que regulam a competência para essas modificações e seu procedimento, (são as “regras secundárias” de H. L. A. Hart em um sentido mais amplo)¹⁷. Exemplo disso são as emendas à

¹⁵ KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife-PE, n. 13, 2003, p. 116.

¹⁶ KIRSTE, Stephan. Op. cit., p. 117.

¹⁷ KIRSTE, Stephan. Op. cit., p. 117-118.

Constituição. Assim se viabiliza a possibilidade de participação democrática dos indivíduos que não criaram a Lei Fundamental. Todavia, a possibilidade de mudança por meio da iniciativa popular fica impedida na hipótese das cláusulas pétreas, uma vez que apenas a Corte Constitucional poderá delimitar com força definitiva o conteúdo das mesmas.

6. A TEORIA DA DUPLA REVISÃO

Alguns doutrinadores tentaram resolver o problema das limitações materiais ao poder de reforma, elaborando, para tanto, a teoria da dupla revisão. Dentre os que adotaram essa teoria, encontram-se juristas de escol, como Jorge Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Burdeau e Vedel. Eles defendem que as cláusulas pétreas podem ser modificadas ou abolidas, uma vez que seria absurdo admitir-se a imutabilidade eterna de uma norma. Entendem os mencionados juristas que o sentido das cláusulas de imutabilidade é apenas tornar mais rígida a possibilidade de mudança. Elas funcionariam como um dispositivo de dupla proteção, isto é, para modificar as cláusulas pétreas seria preciso, primeiro, revogar a própria cláusula pétrea, para só então, alterar as disposições sobre a matéria em questão.

Para ilustrar o entendimento dos autores que adotam a teoria da dupla revisão, trazemos à colação a seguinte lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁸:

“Serão, todavia, intangíveis as cláusulas pétreas? Claro está que as matérias que elas protegem são imodificáveis, enquanto elas vigorarem. Mas elas próprias devem ser alteradas, revogadas? À luz do ensinamento de todo um rol de eminentíssimos juristas [refere-se o autor a Duguit (Traité de Droit Constitutionnel, vol. IV, p. 540), Burdeau (Traité de Science Politique, vol. III, p. 247 e ss.), Vedel (Manuel élémentaire de droit constitutionnel, p. 117), e Jorge Miranda], elas podem ser modificadas ou abolidas. Para

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n. 13, out./dez. 1995, p. 8.

estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor. Sim, porque enquanto todas as regras da Constituição – exceto as incluídas no núcleo fundamental – seriam protegidas pela rigidez simples, isto é, somente seriam modificadas de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão; as matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas seriam duplamente protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a cláusula pétrea, depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão. É a tese da dupla revisão que, com o brilho habitual, defende Jorge Miranda”. (grifos no original)

Relevante citar-se, ainda, o entendimento de Paolo Biscaretti di Rufia¹⁹:

“A segunda citação é de Paolo Biscaretti di Rufia, que admite a remoção do art. 139 da Constituição italiana, segundo a qual ‘a forma republicana não pode ser objeto de reforma constitucional’. Ao mestre parece que a solução mais correta (‘ainda que fortemente afastada, sobretudo por motivos políticos’) seria primeiro afastar a norma proibitiva (‘ab-rogação preventiva do mesmo artigo que tem, evidentemente, a mesma eficácia de todos os demais artigos da Constituição’) e posteriormente propor a reforma constitucional.”

Mas essa teoria é rechaçada pela maioria da doutrina, sob pena de cair no vazio o próprio instituto das cláusulas pétreas. Exemplo lapidar da corrente majoritária, à qual nos filiamos, é o professor Canotilho, segundo o qual²⁰:

¹⁹ Apud CERQUEIRA, Marcello. Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia. A Constituição – Controles e controle externo do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revan, 1995, p. 137-138.

²⁰ Apud CERQUEIRA, Marcello. Op. cit., p. 138-139.

“Através dos limites materiais da revisão garantem-se contra a revisão constitucional os princípios fundamentais da Constituição, que precisamente por isso se transformam no seu núcleo essencial, ou seja, aquele conjunto de princípios cuja permanência se torna necessária para a própria identidade constitucional, e cuja alteração significaria, não uma alteração da lei fundamental, mas sim a substituição de uma Constituição por outra”.

Além do mais, a principal argumentação dos que negam a teoria da dupla revisão fulcra-se na derivação do poder revisional, poder constituído por excelência, e sua subordinação ao regramento superior que lhe outorga competência. Nesses termos, abrogando-se tais limites, estar-se-ia abrogando o fundamento da própria competência revisora²¹.

Portanto, as normas constitucionais que prevêm as cláusulas pétreas funcionam como limite exterior e superior ao poder de revisão, não podendo ser afastadas por este último.

7. O PARADOXO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Abordaremos, no presente tópico, o que se pode designar como o paradoxo das cláusulas pétreas. Gilmar Ferreira Mendes, lecionando sobre o escopo das limitações ao poder de revisão, afirma que²²:

“tais cláusulas de garantia (Ewigkeitsgarantie) traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança de identidade do telos constitucional. É que, como ensina Hesse, a

²¹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte-MG, n. 3, Del Rey, jan./jun. 2004, p. 356-357.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 95.

Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade”.

Entretanto, na medida em que as cláusulas pétreas visam a engessar o comportamento político das gerações que se lhes seguem, pela sua imutabilidade, e considerando que os cidadãos poderão, em um determinado momento futuro, não mais se conformar aos valores expressos em normas estabelecidas por gerações anteriores, esse fato tende a conduzir à ruptura constitucional, haja vista que tais cláusulas só poderão ser extintas, modificadas ou substituídas através de uma nova Constituição. Logo, se propelem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional por elas próprias perseguida. Acerca do tema, afirma Paulo Bonavides²³:

“A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição. (...). A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.”

Novamente trago à baila as palavras de Gilmar Ferreira Mendes²⁴:

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 173.

²⁴ MENDES, Gilmar. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso

“Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.”

O argentino Jorge Reinaldo Vanossi está entre os juristas que repudiam as cláusulas pétreas, por entendê-las inúteis e até contraproducentes. O referido jurista elenca uma série de argumentos contrários às mesmas, a saber²⁴:

“a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata de um ‘renascimento’ do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino.”

O renomado professor Jorge Miranda, catedrático da Universidade Católica de Portugal e da Universidade de Lisboa, já propôs uma revisão periódica das cláusulas pétreas na Constituição portuguesa, e em qualquer outra Constituição que as tenha, com vistas a atenuar o multicitado paradoxo²⁵. Há que se buscar uma solução quanto ao problema em apreço, pois, se é preciso conferir um mínimo de estabilidade às constituições, é igualmente necessário não aprisionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição. Nesse ponto, a revisão periódica poderia constituir-se em meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático.

Bastos Editora, 2000, p. 125.

²⁴ VANOSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 188-190.

²⁵ Apud NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 89.

8. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE NO REGIME DEMOCRÁTICO

Em face da situação adrede relatada, impõe-se um questionamento inevitável: justifica-se, dentro de uma perspectiva democrática, que uma decisão política tomada no passado – às vezes muito distante – possa bloquear perenemente o pensamento dos indivíduos por intermédio das cláusulas pétreas? Ou, no dizer do professor Vital Moreira²⁶:

“E é fácil ver que neste ponto se liga uma das mais problemáticas das questões que o princípio democrático coloca ao constitucionalismo, nomeadamente a saber em que medida é que o poder constituinte pode constrenger ad eternum a vontade democrática para o futuro.”

Esmiuçando a questão, trago o ensinamento de Raúl Gustavo Ferreyra²⁷:

“El ideal de la autodeterminación requiere que el orden social y jurídico sea creado por decisión de los ciudadanos, y que conserve su fuerza obligatoria mientras disfruta de la aprobación de ellos. La transformación del principio de autodeterminación política en la regla de la mayoría es otro paso singular en la metamorfosis de la idea de libertad.

(...).

Así definida, la democracia es una forma para la producción del ordenamiento. Puede leerse en Kelsen que la participación en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación de las normas generales que constituyen la comunidad, es la característica esencial de la

²⁶ MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na experiência portuguesa. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 266.

²⁷ FERREYRA, Raúl Gustavo. Poder, Democracia y Configuración Constitucional. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard3.htm#N*>. Acesso em: 15 dez. 2006.

democracia. Por consiguiente, la democracia es esencialmente un gobierno del pueblo, donde el principal valor que la democracia intenta realizar es el de igual libertad política. El procedimiento democrático, en tanto predicable del procedimiento por intermedio del cual se genera el orden jurídico, se funda en la igual libertad política, cuya realización racional exige optar por el principio de la mayoría.”

Registre-se que a previsão de procedimentos mais complexos para alteração das normas constitucionais (quórum qualificado e votação em dois turnos) não comprometem, e a nosso ver, até favorecem, a manutenção do regime democrático. Dessa forma, torna-se mais difícil que grupos organizados formem maiorias eventuais e precárias a fim de desfazer decisões fundamentais tomadas pela sociedade em assembléia constituinte. Isso não pode servir de base, entretanto, para a instituição de cláusula de proibição de qualquer discussão política sobre parte da Constituição, especialmente se esse procedimento é empregado de forma excessivamente ampla. Em suma, não existe incompatibilidade entre rigidez e democracia, mas entre vedação de discussão e democracia²⁸.

Pode-se ir além: em que medida a função de custodiar as gerações futuras deve ser entregue a um órgão sem legitimidade democrática direta, como o Supremo Tribunal Federal? É nessas perguntas que vamos nos concentrar.

Ao impor as indigitadas limitações às gerações futuras, o constituinte demonstrou um alto grau de desconfiança no sistema político que estava sendo produzido. Isso porque a existência e vigência das cláusulas pétreas constituem obstáculo deliberado à livre manifestação da soberania popular. Além disso, as cláusulas de imutabilidade geram a impossibilidade de modificação da Carta Magna para acompanhar as alterações constantes do mundo globalizado, cuja evolução se dá em uma velocidade sem precedentes. Miguel Reale, a propósito, cunhou a expressão *autoritarismo normativo* para designar a ausência de legitimidade na estipulação de cláusulas pétreas²⁹.

²⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. Revista da ESMAPE, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005, p. 132-133.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma Constitucional e as Cláusulas Pétreas. Revista Think, a. II, n. 6, jan. 1999, p. 8.

9. O PAPEL DO STF NA DELIMITAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

A delimitação do alcance e do sentido das cláusulas pétreas se dá por meio de sua interpretação, como bem esclarece José Joaquim Gomes Canotilho³⁰:

“Realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos - ‘pluralismo de intérpretes’ - que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.”

O defensor das cláusulas pétreas não é outro que não o guardião da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal Federal. Então, a Excelsa Corte é quem define o conteúdo das cláusulas pétreas e os seus alcance, sentido e limites. Nesse sentido, observe-se a lição de José Eduardo Nobre Matta³¹:

“De fato, mais de uma vez foi intentado o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, sob o argumento de contrariedade de cláusulas pétreas, já sob a égide da Carta de 1988. De seu turno, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradamente ressaltando para si tal mister”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está se transformando em uma constituinte permanente – na feliz expressão cunhada por Francisco Campos na década de 50 –, sem que tenha legitimidade direta advinda do povo para

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1164.

³¹ MATTA, José Eduardo Nobre. Emenda do Judiciário – “Quem garantirá as garantias?”. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro-RJ, v. 3, n. 10, 2000, p. 201.

tanto. Acentuando o perigo dessa proeminência do Poder Judiciário como último intérprete da Carta Magna, e da crescente judicialização da política, Marcelo Casseb Continentino assevera³²:

Pois se ela [a judicialização da política] significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de intérpretes da Constituição, essa “substituição do cidadão pelo juiz – enquanto fonte do conteúdo das normas jurídicas – não poderá ser favorável a uma política deliberativa fundada no autogoverno, nem ao desenvolvimento da Democracia regida por cidadãos ativos.

Em virtude disso, não se pode deixar de ter em mente que a interpretação das cláusulas pétreas deve ser restritiva, para dar maior valor ao princípio democrático, pois quanto maior o alcance das cláusulas pétreas, menores serão as possibilidades de mudanças introduzidas pelo Parlamento. Nesse diapasão, transcrevo a lição de Vital Moreira³³:

“Porém, quatro revisões depois, tem de constatar-se que a Constituição Portuguesa mudou muito, e mudou em termos substanciais, mesmo em aspectos inicialmente vedados à liberdade da revisão. Como foi isso possível? Foi possível, por um lado, através de uma interpretação soft das cláusulas pétreas, que as reduziu à salvaguarda de princípios genéricos, mais do que à garantia do concreto regime estabelecido nas formulações constitucionais”.

Esse ponto não é comumente observado pela doutrina e pela jurisprudência, que costumeiramente adotam interpretações demasiado extensivas do alcance das cláusulas pétreas.

Exemplo disso é a interpretação da cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, qual seja, “os direitos e garantias individuais”. A fórmula utilizada pelo constituinte foi muito genérica, o que, por um lado, contribuiu para o

³² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 59-60.

³³ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 273.

surgimento de controvérsias entre os juristas, mas por outro, permite a evolução do sentido das cláusulas pétreas através da interpretação do Supremo Tribunal Federal. A doutrina e a Suprema Corte vêm entendendo que se enquadram nesse conceito, além dos previstos no art. 5º, os direitos e garantias sociais, os direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos e outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados – em suma, todo o conteúdo do título II da CF. A título ilustrativo, observe-se o julgamento da ADIN 939-07/DF, em que o STF considerou cláusula pétrea o princípio da anterioridade tributária, contida no art. 150, III, b, da CF/88³⁴.

Nesse exato sentido, trago à colação a lição de Ivo Dantas³⁵:

“Assim entendidos, ao fixar o art. 60, §4º, inciso IV, os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, deverão estes ser interpretados não apenas como aqueles enumerados no art. 5º, mas, igualmente, todos os constantes do Título II da Constituição Federal.

Mas não é só.

Decorrência do §2º do art. 5º e do caput do art. 7º, fica reconhecida a existência de outros direitos individuais espalhados pela Constituição Federal, dentre os quais se poderá fazer referência a alguns incisos do art. 37, aos arts. 38, 39, 42.

Finalmente, citem-se direitos consagrados no Título VIII e que representam o desdobramento do que está dito no art. 6º, ao determinar que ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’.

³⁴ Cf. TERRA, Eugênio Couto. Op. cit., p. 79, que afirma o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 939, que versava sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que instituiu o IPMF, delineou o seu entendimento sobre a possibilidade de existência de direito fundamental fora do catálogo previsto na Constituição. Foi reconhecido o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, posto que podem ser localizados em qualquer local do texto constitucional (e até fora dele), sempre que presente uma posição de fundamentabilidade no conteúdo do direito”.

³⁵ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 209-210.

Todas estas matérias, a partir da decisão do STF, incluem-se nas denominadas cláusulas pétreas, mais precisamente, no inciso IV do art. 60, não podendo ser, nem ao menos, objeto de deliberação qualquer proposta que atente contra eles.”

Como se vê, o catálogo de cláusulas pétreas na Constituição brasileira é excessivamente genérico, deixando ao encargo do STF a definição do seu sentido e dos seus limites. É o que assevera Cláudia de Góes Nogueira³⁶:

“As cláusulas pétreas existentes no ordenamento constitucional brasileiro, referentes à proteção absoluta dos direitos e garantias fundamentais, foram elaboradas de maneira excessivamente genérica, contribuíram muito mais para a criação de cizânia entre os juristas do que efetivamente para a justa resolução do problema.”

Por esse motivo, surgem dúvidas as mais diversas sobre a sua aplicação cotidiana. Por exemplo: a pena de morte e a redução da idade mínima para imputabilidade penal (art. 228 da CF) são cláusulas pétreas?

O Pleno do STF já teve a oportunidade de decidir que a proibição da pena de morte é cláusula pétrea, no julgamento do MS 21.311-6/DF (Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 25 mai. 1999, p. 3).

Quanto à inimputabilidade penal, prevista no art. 228 da CF, é uma questão muito polêmica. Há um verdadeiro clamor de parte da sociedade para que a imputabilidade penal seja estendida aos menores de dezoito anos³⁷. Sobre essa matéria, há que citar-se a lição de Eugênio Terra³⁸:

³⁶ NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 80.

³⁷ No site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>), é possível consultar a tramitação da PEC nº 171/93, que visa à diminuição da idade penal para 16 (dezesesseis) anos. Várias Propostas de Emenda à Constituição com o mesmo teor foram apensadas à PEC referida, nomeadamente: PEC nº 150/1999, 167/1999, 169/1999, 633/1999, 260/2000, 321/2001, 37/1995, 91/1995, 301/1996, 531/1997, 68/1999, 133/1999, 377/2001, 582/2002, 64/2003, 179/2003, 272/2004, 302/2004, 345/2004 e 489/2005. Isso demonstra claramente um movimento pela diminuição da idade penal por parte do povo, através de seus representantes, que cedo ou tarde será submetido à apreciação da Excelsa Corte.

³⁸ TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. Jurisprudência Brasileira Criminal, n. 46, p. 59.

“Com a presente exposição, procura-se demonstrar que o art. 228 da Constituição é uma cláusula pétrea e, portanto, insuscetível de modificação pelo Poder Reformador, pois erigida a tal condição por uma opção política do Poder Constituinte”.

Na defesa da imutabilidade da idade de imputabilidade penal manifesta-se também Gercino Gerson Gomes Neto, no artigo “A inimputabilidade penal como cláusula pétrea”³⁹.

Podemos citar ainda outras questões hipotéticas que exemplificam o papel do STF na delimitação das cláusulas pétreas. No que tange à forma federativa de Estado, *verbi gratia*: não há dúvida de que pode haver mudança na configuração da Federação, com a extinção de Estados-membros e a criação de outros; mas quantos Estados-membros têm que existir para que seja mantida a forma federativa? Com relação à própria existência da democracia: a previsão do voto periódico seria lesionada caso fosse aprovado um mandato de 15 anos? A resposta para ambas as questões é a mesma: incumbirá ao STF decidir, quando for para tanto provocado.

Outro exemplo ainda pode ser elencado: o STF vinha entendendo sistematicamente que a criação de Conselhos Estaduais para o controle externo do Poder Judiciário era inconstitucional, pois violava o princípio da separação dos Poderes, como ocorreu, por exemplo, no julgamento da ADin 135/PB, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 21 nov. 1996, Informativo STF nº 54, e da ADin 98-5/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.539⁴⁰. Esse entendimento foi cristalizado na Súmula 649 do STF, com o seguinte teor: “É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades”.

Posteriormente, na primeira Sessão Administrativa do STF no ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004, o Plenário do Tribunal fixou posição

³⁹ GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/inimputabilidade.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

⁴⁰ Segundo se lê na lição de Murillo Giordan Santos, o próprio Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional dispositivos das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso, exatamente por terem tentado criar órgãos de controle externo das magistraturas estaduais por meio do poder constituinte decorrente. SANTOS, Murillo Giordan. Interpretações implícitas aos limites constitucionais expressos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 13, n. 50, jan./mar. 2005, p. 150.

institucional sobre o denominado “Controle Externo do Poder Judiciário”, à época ainda em tramitação no Congresso Nacional, nos seguintes termos⁴¹:

“Após a manifestação de todos os Ministros apurou-se: os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso são favoráveis à instituição de um Conselho Superior formado apenas por magistrados, podendo oficiar junto a esse Órgão, sem direito a voto, membros do Ministério Público e integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se a favor, desde que limitada sua composição a Magistrados, representantes da OAB e do Ministério Público; e os Ministros Celso de Mello, Nelson Jobim, Carlos Britto e Joaquim Barbosa externaram sua concordância com a criação do Conselho nos termos em que previsto na PEC 29, em tramitação no Senado Federal, composto por nove magistrados, dois representantes da OAB, dois do Ministério Público e dois da sociedade, esses últimos indicados pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. Dessa forma, o Tribunal, por maioria, adotou posição institucional favorável à criação do Órgão, restrita sua composição, porém, a membros do Poder Judiciário, admitindo que perante ele oficiem representantes do Parquet e da Advocacia”.

Contudo, o Excelso Pretório findou por mudar de entendimento, quando entendeu, por maioria, pela constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça com representantes externos ao Poder Judiciário, como previsto na Emenda Constitucional nº 45/04, com os fundamentos seguintes⁴²:

⁴¹ Ata da Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62183>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. Informativo do STF nº 383. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info383.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

“remontando à matriz histórica e à evolução da doutrina política que inspiraram nosso sistema constitucional da separação dos Poderes, afirmou-se que o constituinte desenhou a estrutura institucional desses Poderes de forma a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, por meio da previsão de autonomia orgânica, administrativa e financeira, temperando-a, no entanto, com a prescrição de outras atribuições, muitas de controle recíproco, cujo conjunto forma um sistema de integração e cooperação preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício da garantia de liberdade, consistindo esse quadro normativo em expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. Afirmou, ainda, que o CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. Salientou-se, ademais, que a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional”.

Aduz-se do exame do indigitado julgado que somente o Ministro Marco Aurélio julgou integralmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade. Os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso julgaram parcialmente procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B (i.e., retiravam do CNJ todos os membros externos ao Poder Judiciário). O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, julgou procedente a ação em menor extensão, entendendo pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII (que prevê a presença de 2 (dois) cidadãos escolhidos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal).

A evolução da jurisprudência do STF a respeito dessa matéria demonstra o quão instável pode ser o posicionamento de nossa Corte Suprema, variando de acordo com fatores como o momento político vivido pelo país e a pressão popular.

O papel predominante do Excelso Pretório na definição das cláusulas pétreas torna-se ainda mais perigoso quando se percebe as mudanças do modo de atuação dos juízes nos tempos atuais. Andreas Krell demonstra bem essa ruptura nas funções clássicas dos juízes e a aproximação cada vez maior entre o Direito e a Política⁴³:

“A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política. A questão hermenêutica dos Direitos Fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico).

Segundo os defensores do “judicial activism” nos EUA, o juiz deve assumir a nova missão de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-se responsável ‘pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos sócio-econômicos’. Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a ‘operar como agente de mudança social’.” (grifos no original)

Gustavo Just cita o poder de reformar a Constituição como um instrumento por intermédio do qual o Poder Legislativo pode contrabalançar o poder do STF de interpretar em definitivo as normas constitucionais. Ao Congresso

⁴³ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 73-74.

Nacional é dado, por exemplo, editar uma emenda à Constituição para afastar uma interpretação atribuída à norma constitucional pelo Excelso Pretório. Nesse sentido, o autor afirma⁴⁴:

“Ademais, como dito acima, o poder reformador – no caso do Brasil inteiramente atribuído ao Congresso Nacional – tem sempre a possibilidade de afastar uma mutação considerada inconveniente, aprovando um novo texto frontalmente contrário ao sentido que tenha sido fixado, por exemplo, pelo tribunal constitucional.”

Contudo, as próprias emendas constitucionais poderão ser interpretadas como inconstitucionais pela Suprema Corte, e certamente o serão, caso se oponham frontalmente à jurisprudência consolidada do tribunal. De qualquer forma, esse raciocínio do referido autor não se aplica às cláusulas pétreas, inatingíveis que são pelas emendas constitucionais. Nessa hipótese, como se percebe, o Congresso Nacional nada poderá fazer contra o entendimento adotado pelo STF, que se torna, de fato, o intérprete final dessas normas que regerão nossa sociedade até o fim dos tempos – ou até o advento da próxima Carta Magna.

10. CONCLUSÃO

Por fim, faz-se mister a enumeração das conclusões atingidas no presente trabalho:

- 1) a maior razão para a inclusão de cláusulas pétreas nas constituições é o receio consciente ou inconsciente da ingerência do Poder Executivo nos outros Poderes. Por este motivo, as cláusulas de imutabilidade são mais comuns em países recém-egressos de ditaduras e que tentam se resguardar de uma volta ao passado recente por meio da proibição de mudança em certos pontos da Carta Magna;*
- 2) a oportunidade de os indivíduos que não criaram a Lei Fundamental participarem democraticamente da definição dos*

⁴⁴ COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Op. cit., p. 284.

rumos da sociedade se viabiliza por meio do poder reformador. Todavia, a possibilidade de mudança legislativa – por intermédio da iniciativa popular democrática e não revolucionária – fica impedida na hipótese das cláusulas pétreas, uma vez que apenas a Corte Constitucional poderá delimitar com força definitiva o conteúdo das mesmas;

3) a existência e vigência das cláusulas pétreas constituem obstáculo deliberado à livre manifestação da soberania popular. Além disso, as cláusulas de imutabilidade geram a impossibilidade de modificação da Carta Magna para acompanhar as alterações constantes do mundo globalizado, cuja evolução se dá em uma velocidade sem precedentes;

4) não merece guarida a teoria da dupla revisão. As normas constitucionais que prevêm as cláusulas pétreas funcionam como limite exterior e superior ao poder de revisão, não podendo ser por este afastadas;

5) há que se buscar uma solução para o paradoxo das cláusulas pétreas, pois, se é preciso conferir um mínimo de estabilidade às constituições, é igualmente necessário não aprisionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição. Nesse ponto, a revisão periódica, nos moldes propostos pelo professor Jorge Miranda, poderia constituir-se em meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático;

6) o papel predominante – praticamente um monopólio – do STF na delimitação do conteúdo e do alcance das cláusulas pétreas é preocupante. Esse concernimento é exacerbado quando se percebe que o Congresso Nacional, representante direto eleito pelo povo, no que diz respeito às cláusulas pétreas, não tem a faculdade de aprovar um novo texto contrário ao sentido que tenha sido fixado pelo STF.

Em síntese, fica a crítica final para reflexão: as cláusulas pétreas fazem com que o Supremo Tribunal Federal detenha o poder de determinar sozinho e com exclusividade o conteúdo da Constituição Federal, em uma seara em que o próprio Congresso Nacional, representante direto do povo, está impedido de atuar. Daí surge a conclusão de que, no que tange às cláusulas de imutabilidade, o Excelso Pretório vai prevalecer sobre o Poder Legislativo, impedindo o debate político em diversos temas e ocasionando um desbalanceamento no sistema de freios e contrapesos que rege a divisão de poderes em um Estado Democrático de Direito.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília-DF, n. 7, p. 389-402.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. **Informativo do STF nº 383**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info383.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

BRASIL. **AtadaPrimeiraSessãoAdministrativa do Supremo Tribunal Federal do ano de 2004**, realizada em 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62183>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Cláusulas pétreas e direito adquirido**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CERQUEIRA, Marcello. **Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia**. A Constituição – Controles e controle externo do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 38, n. 150, p. 271-287, abr./jun. 2001.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas pétreas como garantias dos direitos fundamentais. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília-DF, a. XXXII, n. 74, p. 23-35, jan./jun. 2002.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DATENSCHUTZ UND RECHT. *Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/gg/>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n. 13, p. 5-10, out./dez. 1995.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Poder, Democracia y Configuración Constitucional**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard3.htm#N*>. Acesso em: 15 dez. 2006.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **A inimizabilidade penal como cláusula pétrea**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/inimizabilidade.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife-PE, n. 13, p. 111-165, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTA, José Eduardo Nobre. A Emenda do Judiciário – “Quem garantirá as garantias?”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro-RJ, v. 3, n. 10, p. 189-212, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na experiência portuguesa. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma Constitucional e as Cláusulas Pétreas. **Revista Think**, a. II, n. 6, p. 8-11, jan. 1999.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 42, n. 166, p. 79-93, abr./jun. 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 92, p. 40-46, mai. 2003.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. As cláusulas pétreas: as falsas e as verdadeiras. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano VII, n. 146, p. 7, fev. 2003.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 13, n. 52, p. 182-196, jul./set. 2005.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte-MG, n. 3, Del Rey, p. 351-371, jan./jun. 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. **Revista da ESMAPE**, v. 10, n. 22, p. 117-135, jul./dez. 2005.

SANTOS, Murillo Giordan. Interpretações implícitas aos limites constitucionais expressos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 13, n. 50, p. 139-152, jan./mar. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte-MG, n. 1, Del Rey, p. 631-679, jan./jun. 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Revista Interesse Público**, n. 17, p. 56-74, 2003.

TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. **Jurisprudência Brasileira Criminal**, n. 46, p. 59- 81.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoria Constitucional**. Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975.

SENTENÇA CONSTITUTIVA E EXECUÇÃO FORÇADA

Fredie Didier Jr.

*Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia.
Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP).*

*Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito
Membro dos Institutos Brasileiro e Íbero-americano de Direito Processual.
Advogado e consultor jurídico.*

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. A sentença que reconhece a existência de um direito a uma prestação como título executivo (art. 475-N, I, CPC); 3. O conteúdo da sentença constitutiva e o direito potestativo; 4. Eficácia constitutiva do direito potestativo: o direito a uma prestação como efeito possível da efetivação de um direito potestativo; 5. Efeitos anexos de uma decisão judicial: a sentença como fato jurídico; 6. O direito a uma prestação como possível efeito anexo de uma sentença constitutiva; 7. Execução do direito a uma prestação decorrente de uma sentença constitutiva.

Resumo. Este ensaio cuida de examinar a possibilidade de a sentença constitutiva poder servir como título executivo, em razão do surgimento de um direito a uma prestação como efeito anexo dessa decisão judicial.

Palavras-chave: Fato jurídico. Eficácia jurídica. Sentença constitutiva. Direito potestativo. Execução de título judicial.

1. NOTA INTRODUTÓRIA.

A sentença constitutiva pode ser título executivo, permitindo a instauração de atividade executiva?

A questão, que é velha, merece, porém, nova abordagem.

A resposta à indagação passará pelo exame da sentença como *fato jurídico*, e não apenas como *ato jurídico*. É preciso examinar a relação entre o direito potestativo, cujo reconhecimento e efetivação é o conteúdo de uma sentença constitutiva, com o direito a uma prestação, normalmente relacionado à tutela jurisdicional executiva.

A análise da última reforma da legislação processual civil brasileira contribui muito para a compreensão do problema, que merece uma resposta adequada à nossa época, em que tanto se prestigia o direito fundamental à efetividade da jurisdição.

2. A SENTENÇA QUE RECONHECE A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO A UMA PRESTAÇÃO COMO TÍTULO EXECUTIVO (ART. 475-N, I, CPC).

A doutrina costuma estabelecer uma relação muito próxima entre a sentença condenatória (em sentido amplo: aqui compreendida como sentença que reconhece a exigibilidade de um direito a uma prestação) e a atividade executiva¹.

O rol dos títulos executivos judiciais no direito positivo brasileiro sofreu considerável ampliação com a mudança da redação do inciso I do art. 475-N do Código de Processo Civil, CPC, antes inciso I do art. 584, já revogado, que confere eficácia executiva à sentença que reconhecer (certificar) a existência de uma obrigação (um direito a uma prestação). Há quem admita, por isso, e com

1 A lição é bastante conhecida, carece, pois, de maiores referências. Na doutrina italiana, esse é o pensamento que predomina na interpretação do art. 474, 1, do CPC italiano (“Sono titoli esecutivi: 1) le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva;”). “Deve però trattarsi di sentenze di condanna (non di accertamento o costitutive” (CARPI, Federico, TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 4º ed. Milão: CEDAM, 2002, p. 1409). Neste sentido, ainda, PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4º ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 709; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 5º ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, v. 3, p. 32-33; FAZZALARI, Elio. “Sentenza civile”. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, v. XLI, n. 4, “a”; DENTI, Vittorio. “‘Flashes’ sul accertamento e condanna”. *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM, 1985, p. 260.

razão, a eficácia executiva também de sentenças meramente declaratórias²⁻³, desde que reconheçam a existência de um direito a uma prestação⁴.

De fato, o que torna uma decisão judicial um título executivo é o fato de ela reconhecer a existência de um direito a uma prestação exigível. Se uma decisão judicial certifica a existência de um direito a uma prestação já exigível (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória, proferida com base no art. 4º, par. ún., CPC⁵, tem

² Percebeu o ponto, apoiando a iniciativa, SANTOS, Ernane Fidélis dos. As reformas de 2005 do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30; THEODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132-138; KNIJNIK, Danilo. A nova execução. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170-171; BRAGA, Sérgio Jacob. “Da possibilidade de execução das sentenças meramente declaratórias”. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2006, ano X, n. 236, p. 61-63; CARMONA, Carlos Alberto. “Cumprimento da sentença conforme a Lei n. 11.232/2005”. Processo civil – aspectos relevantes. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (coord.). São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 156; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “A sentença declaratória como título executivo e o princípio da ação (interpretação do artigo 475-N, I, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/2005)”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 49, p.19-36; LUCON, Paulo. “Sentença e liquidação no CPC (Lei 11.232/2005)”. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 915; MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. A nova execução. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170-173; CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do ‘cumprimento da sentença’, conforme a Lei n. 11.232/05. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?” Revista Dialética de Direito processual. São Paulo: Dialética, 2006, n. 38, p. 34-35; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A terceira etapa da reforma processual civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172-174; CALMON FILHO, Petrônio. “Sentença e títulos executivos judiciais”. A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100-101.

³ Em sentido contrário, peremptoriamente, Araken de Assis, que afirma: “Quando se afirma que há execução baseada em sentença declaratória – por exemplo, o órgão judiciário ‘declarou’ que Pedro deve ‘x’ a João –, incorre-se em erro crasso, olvidando que nenhum provimento é ‘puro’ e, no exemplo aventado, o juiz foi além da simples declaração, emitindo pronunciamento condenatório”. (Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204). Também em sentido contrário, não admitindo a executividade de sentença meramente declaratória, CÂMARA, Alexandre Freitas. A nova execução da sentença. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 92-98; WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 8ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 56-58; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Cumprimento da sentença”. A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05. Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125-126; RAMOS, Glauco Gumerato. Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006, p. 257.

⁴ Sérgio Shimura já considerava, antes da vigência do novo texto legal, que a sentença de partilha, que é título executivo, tem natureza declaratória (Título executivo. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 252-253).

⁵ Parágrafo único do art. 4º do CPC: “É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza “condenatória”.⁶ O que importa, para que uma decisão judicial seja título executivo, é que haja o reconhecimento da existência de um dever de prestar, qualquer que seja a natureza da sentença ou da prestação⁷.

Essa é a justificativa para que a decisão que homologa a transação judicial ou o reconhecimento da procedência do pedido seja reconhecida como título executivo judicial (art. 475-N, III, CPC), posto não ser condenatória.

A questão examinada está dentro deste contexto: é possível reconhecer eficácia executiva a uma sentença constitutiva? Para responder à questão, é preciso continuar a estabelecer as premissas do raciocínio.

3. O CONTEÚDO DA SENTENÇA CONSTITUTIVA E O DIREITO POTESTATIVO.

O conteúdo de uma sentença constitutiva consiste no reconhecimento e na efetivação de um direito potestativo.

O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser “executado”, no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico.

⁶ Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o parágrafo único do art. 4º do CPC, antes da Lei Federal n. 11.232/2005: “Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastado pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor que postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva”. (Código de Processo Civil interpretado. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 49.)

⁷ “Se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional”. (ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, cit., p. 31-32.) E acrescenta Ernane Fidélis: “Evidente que haverá sentenças declaratórias e mesmo constitutivas que não ensejarão qualquer execução, como a declaração de paternidade ou a de simples anulação de negócio jurídico, sem reconhecimento de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, de entregar ou pagar quantia, mas, ainda que o autor afirme que pretende apenas declaração, o reconhecimento da existência da obrigação fará nascer o título executivo em se for a hipótese, ensejará liquidação de sentença”. (As reformas de 2005 do Código de Processo Civil, cit., p. 29-30.)

O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de *estado de sujeição*⁸). O direito potestativo efetiva-se normativamente: basta a decisão judicial para que ele se realize no mundo ideal das situações jurídicas⁹. É suficiente que o juiz diga “anulo”, “rescindindo”, “dissolvo”, “resolvo”, para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam. Situações jurídicas nascem, transformam-se e desaparecem no mundo do direito, que é um mundo lógico e ideal¹⁰.

É por isso que se reputa comum a afirmação de que “sentença constitutiva não é título executivo”. O que, na verdade, dispensa “execução” é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma. É claro que se poderia afirmar, em sentido amplo, que a sentença constitutiva *executa* o direito potestativo. Sucede que não é nesse sentido que se compreende a atividade executiva, que não prescinde da prática de atos materiais que busquem efetivar uma prestação devida.

⁸ A situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo não impõe ao sujeito passivo nenhuma prestação, nenhuma conduta. O sujeito passivo do direito potestativo submete-se à alteração jurídica desejada pelo titular desse direito. Porquanto não há “conduta devida”, não se pode conceber a existência de uma violação a um direito potestativo. Não há controvérsia sobre o tema. A propósito: TUHR, A. von. Tratado de las obligaciones. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 16; CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 31-32; VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 231-234; LARENZ, Karl. Derecho civil – parte general. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 282; PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 174; HENNING, Fernando Alberto Corrêa. Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 91-92; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. 1, p. 13 e 17; GOMES, Orlando. Introdução ao estudo do direito. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118; FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 109; NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57; LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. Direito potestativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 35-41.

⁹ “...per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l'organo giurisdizionale è senz'altro onnipotente”. (MANDRIOLI, Crisanto. Corso di diritto processuale civile. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, v. 1, p. 54.)

¹⁰ Assim, também, corretamente, HENNING, Fernando Alberto Corrêa. Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 89-90.

Em razão de tudo isso, *não é exemplo de sentença constitutiva*¹¹ aquela que efetiva o direito à prestação de declaração de vontade (art. 466-A do CPC brasileiro¹²); no caso, a sentença reconhece e efetiva um direito a uma prestação de fazer, e não um direito potestativo¹³. Por isso é que se fala em *execução específica* de tais sentenças.

O efeito principal de uma sentença constitutiva (aquele que decorre diretamente do seu conteúdo) é, então, a situação jurídica nova, a transformação ou a extinção de uma situação jurídica já existente.

4. EFICÁCIA CONSTITUTIVA DO DIREITO POTESTATIVO: O DIREITO A UMA PRESTAÇÃO COMO EFEITO POSSÍVEL DA EFETIVAÇÃO DE UM DIREITO POTESTATIVO.

GIUSEPPE CHIOVENDA considerava o direito potestativo como *direito-meio*: o direito potestativo é um meio de remover um direito existente (extintivo) ou é um instrumento (“tentáculo”) de um *direito-possível* que aspira surgir; é esse direito existente ou possível que impõe ao direito potestativo seu caráter, patrimonial ou não, e o seu valor. Por isso, o direito potestativo esgota-se com o seu exercício: a extinção de um direito ou a criação de outro (acrescentamos: também a alteração de um já existente)¹⁴.

¹¹ No sentido do texto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Aspectos da ‘execução’ em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade”. Estudos em Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Correta, também, a observação de Verde: “Si può, pertanto, dire che dal contratto preliminare derivano (non stati di soggezione, ma) effetti obbligatori e che, nel caso di adempimento, si apre la strada a una tutela di condanna affatto peculiare, giacché la sentenza, inglobando dichiarazione e attuazione dell’effetto giuridico perseguito, non ha bisogno di una fase attuativa autonoma e successiva, qual è tipica di siffatta tutela”. (VERDE, Giovanni. Profili del processo civile. 6ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, v. 1, p. 160.)

¹² “Art. 466-A do CPC brasileiro: Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

¹³ A doutrina italiana costuma referir a essa sentença como constitutiva, embora reconheça que ela permite a execução específica (PISANI, Andrea Proto. Lezioni di Diritto Processuale Civile. 4º ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 181-182.), No Brasil, há conhecido trabalho que segue esse entendimento, aqui rechaçado, YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. Santiago Sentis Melendo (trad.). Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 35.

Direitos a uma prestação podem ser esses *direitos possíveis* de que fala GIUSEPPE CHIOVENDA; o direito potestativo é, na linguagem chiovendiana, “tentáculo” desse “direito possível”.

A efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar). Perceba: a efetivação de um direito potestativo pode fazer nascer um direito a uma prestação, para cuja efetivação (deste último), aí sim é indispensável a prática de atos materiais de realização da prestação devida¹⁵.

5. EFEITOS ANEXOS DE UMA DECISÃO JUDICIAL: A SENTENÇA COMO FATO JURÍDICO.

Toda decisão judicial pode produzir, além dos principais, efeitos anexos.

Dizem-se *anexos*, ou secundários, os efeitos da decisão que decorrem de previsão legal, e não do conteúdo da decisão (da declaração judicial). Independem de pedido da parte, da manifestação do juiz ou do conteúdo da decisão. Operam *ex lege*. São efeitos indiretos e automáticos que resultam do *fato* de a decisão existir. A decisão, neste caso, é tratada como se fosse um *fato jurídico*, cujos efeitos independem da vontade, e não um *ato voluntário normativo*¹⁶, cujos efeitos jurídicos são determinados pela vontade de quem os pratica¹⁷.

¹⁵ Merece transcrição a bela lição de Fernando Alberto Corrêa Henning, quando cuida do direito potestativo de “denunciar” o contrato de comodato: “A denúncia produz tal ruptura, fato que possibilita o nascimento do direito à devolução [da coisa], na precisa medida em que torna injusta a posse do comodatário. Direito de denunciar e direito à devolução são elos numa mesma corrente e isso não impede que sejam direitos distintos. A hipótese do direito de denunciar é interessante, já que exemplifica uma possibilidade muito freqüente nos direitos potestativos: a possibilidade de que seu exercício redunde em nascimento de um novo direito. No nosso caso, o exercício do direito (potestativo) de denunciar leva ao nascimento do direito à devolução”. (Ação concreta – relendo Wach e Chiovenda, cit., p. 88-89, o texto entre colchetes é nosso.)

¹⁶ “La categoria degli effetti secondari, d'altronde, è assai ampia, in quanto coincide con tutte le ipotesi (diverse da quelle in cui la sentenza opera come elemento della fattispecie) nelle quali l'effetto previsto dalla legge è estraneo alla sentenza come ‘atto normativo’, ossia come atto que contiene la statuizione dei propri effetti”. (DENTI, Vittorio. “‘Flashes’ sul accertamento e condanna”. Rivista di Diritto Processuale. CEDAM, 1985, p. 256.)

¹⁷ “Potremo parlare in questi casi della sentenza come fatto giuridico in senso stretto: in quanto, pur essendo la sentenza una dichiarazione di volontà ossia un atto giuridico, qui non vengono in con-

São exemplos de efeitos anexos: (i) a perempção, que é gerada pela terceira sentença de extinção sem julgamento de mérito por abandono unilateral (art. 268, par. ún., do CPC); (ii) a separação de corpos, que é gerada pela sentença que decreta o divórcio ou a separação judicial; (iii) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença que extingue a execução provisória (art. 475-O, I, CPC); (iv) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito dos provimentos que fazem cessar a eficácia das medidas cautelares (art. 811, CPC); (v) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado (arts. 475-N, II, CPC e 91, I, Código Penal); esse direito pode ser exercido pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63, Código de Processo Penal)¹⁸.

6. O DIREITO A UMA PRESTAÇÃO COMO POSSÍVEL EFEITO ANEXO DE UMA SENTENÇA CONSTITUTIVA.

A sentença constitutiva pode ter por efeito anexo um direito a uma prestação e, assim, servir como título executivo para efetivar a prestação conteúdo deste direito que acabou de surgir.

O efeito anexo de uma sentença é efeito jurídico que decorre da sentença encarada como um *fato jurídico*; mais precisamente, é efeito que decorre da produção de efeitos principais por uma sentença, encarada essa eficácia principal como o fato gerador da eficácia anexa. Arremata PONTES DE MIRANDA: “O efeito anexo é *efeito* da sentença e *pressuposto* do direito, pretensão, ação ou poder, que se crie com ele”¹⁹.

Direitos a uma prestação, que surjam da efetivação de um direito potestativo, são, portanto, *reconhecidos* por uma sentença constitutiva: ao certificar e

siderazione gli effetti per i quali la sentenza è atto giuridico, cioè gli effetti (che possiamo chiamare interni) di cui appar come causa la volontà dichiarata nella sentenza; ma altri effetti (che possiamo chiamare esterni) che la legge riconnette ad essa considerata dal di fuori, come un fatto materiale, produttivo di per sè di certe conseguenze giuridiche, l'avverarsi delle quali non dipende dalla volontà del dichiarante”. (CALAMANDREI, Piero. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, p. 271.)

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”. Leituras complementares de processo civil. 3ª ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2005, p. 35-36.

¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 51 (o grifo em “pressuposto” não existe no original).

efetivar um direito potestativo, o órgão jurisdicional certifica, também, por tabela, o direito a uma prestação que daquele é consequência.

Há um aspecto teórico importante para explicar esse fenômeno.

O *direito potestativo* é uma espécie de situação jurídica (eficácia jurídica, portanto), que decorre da incidência de um enunciado normativo sobre um fato ou um conjunto de fatos. Uma vez reconhecida a existência de um *direito potestativo*, essa eficácia realiza-se, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas, como já foi dito.

Direitos a uma prestação são, também, situações jurídicas (efeitos jurídicos). Eles podem ter como pressuposto de fato um efeito jurídico; no caso, *um direito potestativo* que lhe seja anterior. Ou seja: o *direito a uma prestação* pode ser exatamente produto da eficácia de um *direito potestativo*, ele mesmo também uma eficácia jurídica. Assim, percebe-se, um efeito jurídico pode ser suporte fático (fato, e não efeito jurídico) para a produção de outro efeito jurídico. O reconhecimento de *direito potestativo* pode ser fato para o surgimento de um outro direito. Um direito, enfim, pode ser fato para o surgimento de outro²⁰. É como afirma LOURIVAL VILANOVA: “Também a própria relação jurídica, que num ponto da série é efeito, pode figurar, num outro ponto da série, como antecedente ou causa, aqui compondo o *suporte fático*, passando, pois, à categoria de *fato jurídico*”²¹.

²⁰ Não pode estranhar a afirmação de que algo pode ser ao mesmo tempo fato jurídico e efeito jurídico. “Pode parecer incoerente essa afirmativa, quando considerada diante daquela outra de que suporte fático é conceito pré-jurídico, do mundo dos fatos, e não do mundo do direito. Como considerar fático o que é jurídico? Esclarecemos. O fato jurídico e o efeito jurídico estão no mundo jurídico, mas nem por isso deixam de integrar, com essa característica de jurídico, o mundo em geral, dito mundo dos fatos. O mundo jurídico é, apenas, parte do mundo geral, portanto compõe o todo. O fato jurídico, como os efeitos jurídicos, quando entram na composição de um suporte fático, são tomados como fato jurídico ou como efeito jurídico, tal qual são. Não voltam a ser fático desqualificado de jurídico, mas continuam a ser fático adjetivado de jurídico. A distinção entre mundo dos fatos (geral) e mundo do direito é puramente lógica, nunca fática. O que interessa, portanto, como bem demonstram Pontes de Miranda e Ennecerus-Nipperdey, é a existência do fato jurídico ou de efeito jurídico, como tais, porque é essa existência que importa à composição do suporte fático do outro fato jurídico; quer dizer: se a norma jurídica tem como pressuposto de sua incidência (=suporte fático) fato já juridicizado por outra norma jurídica (=fato jurídico), somente se comporá seu suporte fático se aquele fato já existir juridicizado”. (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da existência. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42-43.)

²¹ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito, 4ª ed., cit., p. 128, grifos do original.

7. EXECUÇÃO DO DIREITO A UMA PRESTAÇÃO DECORRENTE DE UMA SENTENÇA CONSTITUTIVA.

Apresentadas as premissas, eis alguns exemplos que fundamentam a conclusão já apresentada (sentença constitutiva pode servir como título executivo).

Vejamos alguns exemplos (outros tantos poderiam ser citados).

a) Conforme apontado, a situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo é o *estado de sujeição*; não há dever correlato ao direito potestativo. O sujeito passivo nada pode fazer contra o exercício do direito potestativo, uma vez preenchidos os seus pressupostos: os efeitos “produzir-se-ão sempre, queira ou não o sujeitado, logo que o direito potestativo exista e seja exercitado em devida forma. A sujeição, portanto, ao contrário do dever jurídico, *não pode ser infringida*”²². No entanto, poderá o sujeito passivo “infringir depois os efeitos produzidos, mas então estaremos já no domínio dos direitos subjectivos”²³ (direitos a uma prestação). A lição de MANUEL ANDRADE é utilíssima e serve como regra geral: uma sentença constitutiva, ao efetivar um direito potestativo, cria um preceito que deve ser obedecido pelo sujeito passivo, consistente no dever de obedecer à nova situação jurídica, não criando embaraços à sua concretização. Surge, pois, um dever de prestar (correlato a um direito a uma prestação negativa) cujo descumprimento pode dar ensejo à instauração da atividade executiva, que, rigorosamente, buscará efetivar o comando judicial contido na sentença constitutiva.

b) A decisão que *rescinde* (art. 485 do CPC) uma sentença que já fora executada (decisão inegavelmente constitutiva) gera, por efeito anexo, o direito do executado à indenização pelo exequente dos prejuízos que lhe foram causados em razão da execução malsinada (art. 574 do CPC)²⁴. Essa decisão tem aptidão para transformar-se em título executivo, pois torna certa a obrigação de indenizar, que, não obstante, ainda é ilíquida, se impondo a apuração da extensão do prejuízo em liquidação.

²² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. 1, p. 17, grifos do original.

²³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica, v. 1, cit., p. 17.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 117.

c) A decisão que *resolve* um compromisso de compra e venda, em razão do inadimplemento, tem por efeito anexo o surgimento do dever de devolver a coisa prometida à venda²⁵⁻²⁶.

A jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o pedido de devolução da coisa, decorrente da resolução do compromisso, não precisa ser formulado e nem é relevante para a determinação da competência do foro da situação do imóvel (art. 95 do CPC), exatamente porque se trata de um efeito anexo²⁷.

Assim, resolvido o negócio e não devolvida a coisa, pode o autor-vencedor pedir a instauração de atividade executiva para a entrega do bem, já que esse direito a uma prestação (devolução da coisa) foi certificado pela sentença constitutiva, não obstante como efeito anexo, em razão da efetivação do direito potestativo de resolução do contrato. Não faria muito sentido, de fato, a interpretação que impusesse ao autor o ônus de propor outra ação de conhecimento reipersecutória, se a existência deste direito não pode ser mais discutida. Nada há a ser certificado. E, convenhamos, não é isso o que acontece no foro: a parte requer, *incontinenti*, a expedição do mandado para a devolução da coisa.

d) A decisão que extingue uma relação jurídica locatícia, em razão, por exemplo, de uma *denúncia vazia* do locador, é constitutiva (extingue vínculo contratual), mas gera, indiscutivelmente, o direito de o autor-locador rever a coisa anteriormente locada. E é o que acontece, é cediço, nas ações de

²⁵ “Às vezes, ao direito formativo extintivo junta-se direito formativo gerador ou modificativo; ou ao efeito daquele, efeito gerador ou modificativo. Com a resolução, em virtude de exercício de direito formativo gerador, surge a pretensão à restituição das prestações pagas”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 5, § 583, n. 2, p. 307.)

²⁶ Assim, também, ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., cit., v. 8, p. 196; ZANETI Jr., Hermes. “A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial”. Eficácia e coisa julgada. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Sentença constitutiva e volta ao estado anterior”. Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – sessenta anos de existência. Antonio Cachapuz de Medeiros (org.) Porto Alegre: IARGS, 1986, p. 227.

²⁷ Ver, por exemplo, STJ, 3ª T., REsp n. 402762/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 27.08.2002, publicado no DJ de 04.11.2002, p. 201: “Ação de anulação de compromisso de compra e venda cumulada com reintegração de posse. Foro de eleição. Precedentes da Corte. 1. Na panóplia de precedentes da Corte há convergência para afirmar que a ação de anulação de compromisso de compra e venda é pessoal e que o pedido de reintegração, como consequência, não acarreta a incidência do art. 95 do Código de Processo Civil, que estabelece a competência absoluta, prevalecendo o foro de eleição, se existente”.

despejo, comumente designadas como *executivas lato sensu*, mas que, de fato, são constitutivas que dão ensejo a futura atividade executiva em razão do surgimento do direito à devolução da coisa locada.

e) A decisão que extingue a execução provisória, em razão da reforma da sentença em que se baseara, é preponderantemente constitutiva (extingue-se o procedimento executivo, desfazendo, por tabela, os atos executivos já praticados), mas, todos sabem, torna *certa* a obrigação de o exeqüente indenizar o executado pelos prejuízos efetivamente sofridos (art. 475-O, I e II, CPC).

f) A decisão que anula um auto de infração (inegavelmente constitutiva negativa) tem por efeito anexo o dever de a Administração Tributária não proceder à inscrição do respectivo tributo na dívida ativa. Se isso acontecer, haverá descumprimento de uma prestação negativa, que dará ensejo à instauração, com base na referida sentença, de atividade executiva. Seria possível defender a tese de que contra este ato administrativo caberia mandado de segurança. Sucede que não há necessidade nem utilidade no ajuizamento de uma ação de conhecimento para certificar um direito já existente e indiscutível pela coisa julgada material. O comportamento administrativo dá ensejo à execução, e não a nova atividade jurisdicional cognitiva.

g) A anulação de um ato jurídico provém de uma sentença indiscutivelmente constitutiva. O art. 182 do Código Civil determina que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. É clara a disposição legislativa: a efetivação do direito potestativo de anular o ato jurídico faz surgir direitos a uma prestação como efeito anexo, ou para restituir as partes ao estado anterior (devolução da coisa objeto do contrato, por exemplo) ou para serem indenizadas (indenização cujo montante deverá ser apurado em liquidação).

É como afirma PONTES DE MIRANDA: com a anulação do ato jurídico, “voltam os créditos cedidos; voltam à eficácia as dívidas remitidas; as quantias pagas são restituídas. E tudo se passa com se não tivesse havido cessão de crédito, remissão de dívida, ou pagamento”²⁸.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. Campinas: Bookseller, 1999, t. 4, p. 164.

h) A sentença de revisão de aluguel é constitutiva²⁹, pois transforma um dos elementos de uma relação jurídica já existente. Não parece haver dúvida de que o locador possa executá-la se o locatário deixar de pagar o valor do aluguel reajustado (art. 69, § 2º, Lei Federal n. 8.245/1991)³⁰ – e a possibilidade de execução abrange, inclusive, o aluguel provisório (tutela antecipada na ação revisional), previsto no art. 68, II, da Lei Federal 8.245/1991³¹.

Em razão disso, LUIZ GUILHERME MARINONI afirma, ao comentar a possibilidade ação de despejo decorrente do inadimplemento do aluguel provisoriamente fixado na ação constitutiva de revisão de aluguel: “Quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, dá-se vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória, à provisoriedade, que, em outro caso, poderia se transformar em algo sem utilidade”³².

i) Esse raciocínio explica, ainda, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) em ações constitutivas³³. Antecipa-se a eficácia anexa da sentença constitutiva. A decisão que antecipa a tutela, em tais situações, deverá ser executada para realizar uma prestação devida, decorrente de um direito a uma prestação que é (será) eficácia anexa de futura e provável sentença constitutiva.

LUIZ GUILHERME MARINONI dá o exemplo da antecipação da tutela em demanda com pedidos cumulados sucessivamente de resolução de contrato e devolução da coisa, em que se permite a antecipação da tutela de reintegração de posse³⁴. Perceba que, como visto, o segundo pedido é efeito anexo do primeiro, e nem precisaria ter sido formulado: o direito a ter a coisa de volta

²⁹ FERREIRA, William Santos. “Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel”. Procedimentos especiais cíveis na legislação extravagante. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.013.

³⁰ “Art. 69. O aluguel fixado na sentença retroage à citação, e as diferenças devidas durante a ação de revisão, descontados os alugueres provisórios satisfeitos, serão pagas corrigidas, exigíveis a partir do trânsito em julgado da decisão que fixar o novo aluguel. (...) 2º A execução das diferenças será feita nos autos da ação de revisão”.

³¹ Sobre o assunto, amplamente, FERREIRA, William Santos. “Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel”, cit., p. 1.014-1.017.

³² Antecipação da tutela. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 59, grifos aditados.

³³ Sobre o tema, mais amplamente, DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael, BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, v. 2, p. 532-534.

³⁴ Antecipação da tutela. 9ª ed., cit., p. 63-64.

(direito a uma prestação de entrega de coisa) é consequência anexa e *ex vi legis* do reconhecimento e efetivação do direito potestativo de resolução do contrato.

Arremata o autor, partindo de premissa semelhante àquela que já foi apresentada: “a constituição, gerando uma situação substancial nova, torna ilegais quaisquer atos praticados em contrariedade à nova situação material”

³⁵.

³⁵ Antecipação da tutela. 9ª ed., cit., p. 65.

POLÍTICOS CORRUPITOS, POLÍTICOS BANDIDOS E POLÍTICOS PERSEGUIDOS: A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E A MORALIDADE ELEITORAL

George Marmelstein

Juiz Federal no Ceará e Professor de Direito Constitucional

Resumo: O texto defende a separação entre as instâncias eleitoral e criminal, apontando a possibilidade de a Justiça Eleitoral indeferir o registro da candidatura de um político com base na existência de indícios da prática de ilícito pelo pré-candidato, ainda que não haja qualquer sentença condenatória transitada em julgado. Neste ponto, destaca a cláusula geral de proteção da legitimidade ética das eleições e, do ponto de vista dogmático, o art. 14, §9º da CF/88 e o art. 23 da Lei Complementar 64/90.

Existe uma intensa polêmica sobre a possibilidade de a Justiça Eleitoral indeferir o registro da candidatura de um político com base na existência de indícios da prática de crimes pelo pré-candidato, ainda que não haja qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado.

No julgamento do chamado Caso Eurico Miranda, o Tribunal Superior Eleitoral, por 4 a 3, entendeu que a Justiça Eleitoral não poderia indeferir o registro da candidatura do conhecido cartola do Vasco da Gama, já que os diversos processos criminais instaurados contra ele ainda não teriam transitado em julgado (TSE, RO 1.069/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 20/9/2006).

O julgamento em favor de Eurico Miranda não significa dizer que a questão está pacificada. Pelo contrário. Basta que um único ministro do Tribunal Superior Eleitoral mude de posicionamento para que o quadro se inverta. E como a jurisprudência eleitoral é bastante dinâmica, a discussão torna-se mais

atual do que nunca, sobretudo diante das conseqüências desastrosas que esse entendimento resultou nas eleições de 2006 quando pessoas sem o mínimo de idoneidade ética obtiveram uma cadeira no parlamento.

Diante disso, analisarei a questão, apresentando novos argumentos capazes de justificar uma mudança de posicionamento no entendimento firmado no “Caso Eurico Miranda”.

Parto do princípio de que nenhum cidadão minimamente consciente do significado de democracia e de república se conforma com o fato de haver no parlamento políticos totalmente inescrupulosos defendendo interesses ocultos “em nome do povo”.

Não é razoável que uma pessoa sobre a qual pairam sérias dúvidas quanto à sua honestidade possa se candidatar a um cargo político. Esse sentimento de indignação se intensifica ainda mais quando a “suspeita” é de desvio de verbas públicas que, no final das contas, irá servir justamente para financiar a campanha eleitoral desse político! E para reforçar a revolta popular, esses mesmos políticos ainda têm a cara de pau de confessarem que receberam verbas ilícitas sob a esfarrapada desculpa de quitarem suas “dívidas de campanha”. Ou seja: é um atestado indiscutível de que a sua vitória eleitoral foi uma fraude e que democracia representativa, pelo menos nessa ótica, é uma farsa e que se continuar assim a tendência é piorar...

Situação igualmente indignante é a dos políticos que são bandidos da pior espécie, ainda que não existam condenações transitadas em julgado. Quando um sujeito como um “Hildebrando Pascoal”, que esquartejava suas vítimas, consegue uma cadeira no parlamento federal, isso significa que alguma coisa não está cheirando bem nesse processo eleitoral tupiniquim.

A idéia de que o político não apenas deve ser honesto, mas, sobretudo, deve parecer honesto, reflete bem essa intuição de que a existência de inquéritos e processos criminais pesa sim contra a candidatura.

Pois bem. Mas por enquanto ainda estou numa fase de mera “especulação intuitiva”. É algo ainda muito sensitivo, dentro do “imaginário popular”, inconsciente, meio irracional mesmo... É o que se pode chamar de “*feeling*”.

Esse “*feeling*” não tem qualquer importância para o direito se não encontrar um respaldo no ordenamento jurídico. A finalidade do direito não é apenas satisfazer os anseios de justiça do povo, custe o que custar. A finalidade do direito é fazer justiça com legitimidade. E a legitimidade deve ter como base principal o ordenamento jurídico constitucional.

Por isso, é preciso submeter esse “feeling” a um pesado teste de consistência, procurando encontrar, no sistema normativo, qualquer fundamento que possa derrubá-lo. Se não houver compatibilidade entre esse sentimento de justiça e a Constituição, então ele não merece prevalecer.

Basicamente, existem quatro argumentos principais utilizados para defender que a mera existência de processos criminais ainda não concluídos não podem servir como base para o indeferimento de registro de candidatos a cargos políticos: (a) o princípio da presunção de não-culpabilidade; (b) a ausência de previsão legal ou constitucional contemplando essa hipótese de inelegibilidade; (c) a possibilidade de uso político da Justiça Criminal; (d) a capacidade do povo de censurar “nas urnas” os políticos desonestos.

Por isso, vou dividir a análise em quatro partes, começando com o princípio da presunção de não-culpabilidade.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

Um dos pilares do Estado Democrático do Direito é o princípio segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, da CF/88). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também contemplou esse valor como uma idéia universal ao dizer no artigo 11 que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Por sua vez, o Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica, de 1966, estabelece que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

O princípio da presunção de não-culpabilidade é, sem dúvida, um argumento forte contra o indeferimento da candidatura de políticos suspeitos, mas que, a meu ver, pode ser facilmente vencido.

Esse princípio, por mais importante que seja (e é mesmo!), não tem essa força de “fingir que nada está acontecendo” durante o período em que uma pessoa está sendo investigada ou processada criminalmente. A existência de razoável suspeita da prática de crime pode ser sim invocada para limitar determinados direitos fundamentais, embora sempre excepcionalmente.

Imagine, por exemplo, a seguinte situação hipotética: um respeitável senhor de 40 anos de idade, bem conceituado perante a comunidade, é preso em flagrante pela prática de pedofilia. Em seu computador pessoal, a polícia encontrou inúmeras fotos em que esse senhor participava de orgias sexuais envolvendo crianças e adolescentes. Por ironias do processo penal, foi reconhecido o seu direito de responder ao processo criminal em liberdade.

Digamos que, nesse ínterim, ainda sem qualquer denúncia recebida, esse senhor resolve participar de um concurso público para o cargo de professor de uma escola infantil e consegue ser aprovado em primeiro lugar. Você, sendo o diretor da escola, daria posse a esse sujeito?

Creio que, por mais que se esteja cometendo uma injustiça com esse senhor, já que, no final, ele pode ser considerado inocente, há uma forte razão para impedi-lo de exercer aquela profissão, pelo menos enquanto não for esclarecida a questão. E esse esclarecimento não precisa aguardar o trânsito em julgado do processo penal. Pode ocorrer até mesmo em um processo administrativo, em que o suposto pedófilo irá apresentar sua defesa, contando sua versão para os fatos, dentro do devido processo. Se a autoridade administrativa se convencer dos seus argumentos, pode contratá-lo mesmo sem uma resposta da Justiça Penal. Nesse caso, diante da ausência de condenação ou de absolvição, a responsabilidade criminal não interfere na responsabilidade administrativa.

E para não parecer que o exemplo é meramente retórico, por envolver um crime que abomina a sociedade, pode-se dizer que o mesmo raciocínio se aplica a um caso, por exemplo, de um candidato a um cargo público de motorista que esteja respondendo a vários processos criminais por crimes de trânsito ainda que nenhum deles tenha transitado em julgado. A Administração Pública, certamente, poderá verificar as circunstâncias em que os crimes foram cometidos, as alegações de defesa sustentadas pelo candidato e, num juízo prévio, verificar se há plausibilidade dos argumentos apresentados. Diante disso, pode formular seu próprio juízo - logicamente não vinculante para a instância criminal - e concluir se o candidato preenche os requisitos para o cargo.

Diante disso, não se pode concordar totalmente com a tese de que nenhuma restrição a direito pode ocorrer enquanto o processo penal não chegar ao fim com uma sentença judicial condenatória definitiva.

Um servidor público pode sofrer sanções administrativas e até mesmo perder o cargo, antes de qualquer condenação criminal, bastando que a

Administração obedeça ao devido processo administrativo disciplinar. Um estrangeiro pode ser expulso ou deportado do país, independentemente da apuração da conduta na esfera criminal, caso pratique um ato que autorize essas medidas. Uma empresa acusada de praticar crimes ambientais poderá ter a suas atividades embargadas, na via administrativa, embora não exista qualquer processo criminal concluído e os exemplos se seguem...

Essas situações ocorrem com extrema frequência e não representam qualquer violação ao princípio da presunção de inocência. Há uma razão bastante simples para isso: há duas instâncias diferentes que, em regra, não se comunicam. Ou seja, a instância administrativa e a instância penal correm “em paralelo”, podendo até mesmo gerar resultados diferentes, já que a configuração da responsabilidade penal exige uma comprovação mais intensa da autoria e da materialidade do delito.

Se ninguém pudesse sofrer qualquer sanção administrativa disciplinar enquanto o processo criminal não fosse concluído para apurar os mesmos fatos, então responder a um processo penal seria algo vantajoso, já que imunizaria a pessoa contra qualquer interferência administrativa até o demorado trânsito em julgado.

No fundo, o princípio da presunção da inocência não tem muito a ver com a questão ora debatida. Ninguém está dizendo que um determinado candidato é culpado por responder a inquéritos policiais ou a processos penais. Trata-se tão somente de se exigir um requisito mínimo de idoneidade moral “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”, **conforme prevê a própria Constituição** (art. 14, §9º da CF/88).

Vários cargos públicos exigem requisitos semelhantes para investidura, como a própria magistratura. Pode ter certeza de que um advogado que tenha sido expulso da OAB pela prática de inúmeras infrações éticas dificilmente será aceito em um concurso para a magistratura, mesmo que não existam processos criminais contra ele. Vida pregressa não se confunde com condenação criminal. Aliás, o Ministro Marco Aurélio, que é um dos mais ardorosos defensores da tese de que qualquer pessoa pode se candidatar a cargos políticos enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já aceitou que o levantamento da vida pregressa de candidato para o cargo de investigador de polícia levasse em conta fatores meramente indiciários, como o testemunho de dois outros policiais e um inquérito por

posse de droga arquivado por falta de provas (STF, RE 15640/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 5/9/1995).

A Justiça Eleitoral, quando aprecia pedidos de registro de candidaturas, está exercendo uma atividade semelhante à de uma comissão de concurso ao analisar a vida pregressa dos candidatos a cargos públicos, com a diferença que os atos são praticados por membros do Judiciário, com muito mais garantias, mais transparência, mais debates, mais aprofundamento quanto à verdade dos fatos, já que a profissão do juiz o habilita a se aproximar da verdade real com muito mais técnica.

Portanto, há duas instâncias completamente diferentes: a instância criminal e a instância eleitoral. No caso, enquanto não houver qualquer condenação ou absolvição na esfera penal, não há comunicação de instância, ou seja, a responsabilidade penal não interfere na responsabilidade eleitoral.

Por isso, o que está havendo nessa discussão é um “jogo de palavras”, onde o princípio da presunção de inocência está sendo manipulado para “blindar” os candidatos a cargos políticos.

Se for perguntado “é justo que uma pessoa sobre a qual pairam meras suspeitas de que praticou ilícitos seja impedida de se candidatar a um cargo político, sabendo que um dos pilares do Estado de Direito é o princípio da presunção de inocência?”, certamente a resposta será negativa.

Por outro lado, se for perguntado “é justo que uma pessoa nitidamente criminosa/corrupta/bandida/desonesta, com fortes indícios de que cometeu crimes graves, possa se candidatar a um cargo político, usando inclusive as verbas obtidas ilicitamente para financiar a sua campanha?”, certamente também a resposta será negativa!

Por isso, a pergunta correta, para que não haja um direcionamento na resposta, é a seguinte: a Justiça Eleitoral pode julgar se um pré-candidato tem as qualificações éticas mínimas necessárias para ocupar um cargo político?

E com isso, a questão da presunção de inocência deixa de ser o foco principal da controvérsia, pois ninguém discute que é um absurdo que uma pessoa seja considerada culpada sem uma condenação definitiva. Mais uma vez, deve ser enfatizado: o requisito de “idoneidade moral” não significa uma “ficha criminal limpa” e sim a ausência de indícios objetivos capazes de justificar o indeferimento da candidatura. São instâncias independentes. Logo, nada impede que, respeitado o devido processo, a Justiça Eleitoral verifique se há base fática suficiente para indeferir o pedido da candidatura, ainda que não exista qualquer sentença condenatória definitiva.

Essa independência de instâncias – criminal e eleitoral – pode ser ilustrada citando o caso do ex-Presidente da República Fernando Collor.

Collor, pelos mesmos fatos, respondeu a um processo político-criminal perante o Congresso Nacional e um processo exclusivamente criminal perante o Supremo Tribunal Federal. Collor foi punido pelo Senado Federal e perdeu seus direitos políticos antes de o processo criminal ter sido concluído. E o mais interessante é que, no STF, o ex-Presidente foi absolvido por falta de provas, demonstrando, inclusive, que os critérios de formação da convicção para o julgamento são diferentes, exigindo-se um grau de certeza bem mais elevado para justificar uma condenação criminal.

Se o princípio da presunção de inocência fosse interpretado de modo a impedir qualquer restrição de direitos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Senado Federal teria que aguardar o julgamento criminal para poder punir o ex-Presidente, o que seria um flagrante absurdo, ante a independência entre as instâncias em questão.

Uma conclusão diferente transformaria o princípio da presunção de não-culpabilidade em um escudo ou uma blindagem intransponível para a imunidade na esfera não-criminal, já que, geralmente, o processo penal é mais demorado, até para que se atinja um grau maior de certeza da culpa. Certamente, não foi intenção do constituinte, ao positivar o princípio da presunção de inocência, permitir que pessoas sem escrúpulos se candidatem a cargos políticos visando precisamente se beneficiar das “imunidades” e do “poder de influência” que o cargo proporciona para satisfazer a interesses pessoais.

Outro ponto importante que será explicado com mais profundidade ao longo deste estudo é o seguinte: a existência de processos ou inquéritos criminais - ou mesmo ações de improbidade administrativa! - não **obriga** que a Justiça Eleitoral indefira o registro de candidaturas. Apenas **autoriza**, melhor dizendo, **serve como base** para que esse registro não seja deferido, diante de indícios razoáveis de falta de idoneidade moral. Dito de outro modo: não é a mera existência de inquéritos ou processos que deve ser o fator preponderante para o indeferimento do registro, mas a demonstração objetiva de que falta ao candidato uma postura ética compatível com a atividade parlamentar. Esse é ponto-chave de todo o raciocínio que será desenvolvido. Antes, porém, vale analisar o fundamento normativo que justifica a tese ora defendida.

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU CONSTITUCIONAL

Outro argumento bastante convincente é a alegação de que não há qualquer previsão legal ou constitucional dando à Justiça Eleitoral o poder para indeferir candidaturas com base em processos ou inquéritos criminais sem o trânsito em julgado. Sustenta-se que a Lei Complementar 64/90 é bastante enfática ao dizer que são inelegíveis “os que forem condenados criminalmente, **com sentença transitada em julgado**, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena” (art. 1º, inc. I, “e”).

Logo, de acordo com essa lógica, somente poderiam ser considerados como inelegíveis os candidatos que estivessem enquadrados exatamente nessa situação, o que não é o caso daqueles que ainda não foram condenados na esfera criminal.

Aliás, esse foi o argumento principal acolhido, pelo Tribunal Superior Eleitoral, por uma apertada maioria de 4 contra 3, para autorizar o pedido de candidatura do Presidente do Vasco da Gama, Eurico Miranda, que respondia a inúmeros processos criminais, inclusive com algumas condenações em primeira instância, embora nenhuma sentença transitada em julgado.

Na ementa do acórdão, ficou registrado que “na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não poderá o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los” (TSE, RO 1.069/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 20/9/2006).

Esse argumento tem dois “furos”.

O primeiro é mais “polêmico”, pelo menos para uma visão tradicionalista do direito: por mais que não exista autorização legal, a Constituição Federal é norma jurídica, de modo que o julgador pode decidir com base unicamente no texto constitucional. Logo adiante, esse ponto será explicado com detalhes.

O segundo é mais convincente para os tradicionalistas: mesmo que a norma constitucional fosse meramente “programática”, não “auto-aplicável”, conforme prevê a súmula 13 do TSE (“não é auto-aplicável o § 9º, Art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4-94”), há uma autorização legal contida no artigo 23 da Lei Complementar 64/90, que daria suporte à tese de que a Justiça Eleitoral pode indeferir o registro de candidatura “pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda

que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Vamos ao primeiro ponto.

Hoje, é pacífico o entendimento de que a Constituição Federal é norma jurídica e, como tal, tem a força de estabelecer comandos obrigatórios para os diversos órgãos do poder público mesmo na ausência de leis. Esse entendimento ficou bastante nítido quando o Supremo Tribunal Federal, na ADC 12/2005, considerou como constitucional a resolução contra o nepotismo no Judiciário, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No referido julgamento, ficou claro que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição pode emitir ordens normativas direcionadas à atividade pública, de modo que o CNJ, com base unicamente nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, previstos no artigo 37 da CF/88, poderia editar ato normativo secundário (resolução) proibindo a contratação de parentes de magistrados para cargos no Poder Judiciário.

O mesmo raciocínio se aplica igualmente, e com muito mais razão, à Justiça Eleitoral, que também pode extrair diretamente da Constituição obrigações a serem observadas, de forma vinculante, pelos participantes do processo eleitoral. Isso ocorreu de modo particularmente visível quando o Tribunal Superior Eleitoral editou resolução obrigando a “verticalização partidária”, bem como, no ano passado, regulamentou, por resolução, a chamada “fidelidade partidária”, prevendo, inclusive, hipóteses de perda do mandato parlamentar. Em ambos os casos, a fonte normativa que embasou a edição das resoluções foi, sobretudo, a Constituição Federal, inclusive a abstrata cláusula constitucional do “Estado Democrático de Direito”. E, em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal validou o entendimento adotado pelo TSE (no caso da verticalização: STF, ADIn 2.626-DF e ADIn 2.628-DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, red. para o acórdão Ministra Ellen Gracie, 18.4.2002; no caso da fidelidade partidária: STF, MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello, 3 e 4.10.2007).

Dito isso, já se pode concluir que a Justiça Eleitoral poderia, em tese, retirar diretamente da Constituição uma autorização para indeferir o registro de candidaturas, desde que existisse um comando normativo nessa direção. E há efetivamente. Aliás, o comando normativo é muito mais detalhado do que o genérico princípio da moralidade e da impessoalidade, invocado no caso do nepotismo, e do Estado Democrático de Direito, invocado no caso da fidelidade partidária.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, com bastante nitidez, que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (art. 14, §9º).

Para justificar a imediata aplicação dos princípios estabelecidos na referida norma constitucional, é preciso se alongar um pouco, até para tentar afastar a teoria da aplicabilidade das normas jurídicas elaborada por José Afonso da Silva.

De início, é preciso que se diga que a referida norma encontra-se no Título II da Constituição, que é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Trata-se, portanto, de uma norma ligada aos direitos fundamentais, especialmente aos direitos políticos.

Todos os direitos fundamentais, por força do artigo 5º, §1º, da CF/88, possuem aplicação imediata. Logo, em hipótese alguma, uma norma definidora de direito fundamental pode deixar de ser concretizada pela ausência de lei, cabendo ao Judiciário tomar as medidas necessárias para que o direito não fique sem efetividade.

Dentro dessa idéia, adotando a conhecida classificação da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais ou seriam normas constitucionais de eficácia plena e, portanto, capazes de produzir todos os efeitos essenciais nela previstos desde a sua entrada em vigor, ou seriam normas constitucionais de eficácia contida, isto é, estariam suficientemente regulamentadas pelo constituinte, mas seriam passíveis de restrições pelo parlamento. Em hipótese alguma, um direito fundamental poderia ser enquadrado como norma de eficácia limitada, já que essa espécie é justamente o oposto da idéia de aplicação imediata. Aliás, essa idéia foi defendida pelo próprio José Afonso da Silva, nas edições mais recentes do seu Curso de Direito Constitucional Positivo.

Não é minha pretensão construir uma nova teoria em torno da aplicabilidade das normas constitucionais, entre tantas outras existentes. Aqui, basta perceber que, atualmente, se reconhece que o Estado tem, em relação aos direitos fundamentais, o dever de respeitá-los (não violar o direito), protegê-los (não deixar que o direito seja violado) e promovê-los (possibilitar que todos usufruam o direito), independentemente de qualquer regulamentação infra-constitucional.

O dever de respeito, proteção e promoção, que é inerente a qualquer direito fundamental, impõe uma multiplicidade de tarefas ao poder público, de modo que a concretização plena dessas normas não se esgota em um mero agir ou não-agir do Estado. Logo, é possível que uma única norma seja, com relação a algum desses comandos, de eficácia plena, mas, em outros, seja de eficácia contida ou até mesmo limitada.

O artigo 14, §9, da CF/88, estabelece que “lei complementar estabelecerá outros casos...”. Seguindo a classificação tradicional de José Afonso da Silva, essa norma segue a mesma estrutura das normas de eficácia limitada, pois depende de uma regulamentação para adquirir plena efetividade. No entanto, essa conclusão se choca com o artigo 5º, §1º, da CF/88, que prevê a cláusula de aplicação imediata. Como então resolver esse conflito?

Alguns constitucionalistas sugerem, como forma de superar essa controvérsia, uma mitigação do sentido da cláusula de aplicação imediata. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega ao ponto de afirmar que o art. 5º, §1º, da CF/88, seria destituído de qualquer significado prático, pois apenas poderiam ter aplicação imediata “as normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 296).

Essa solução, contudo, viola um princípio básico da hermenêutica segundo o qual não há palavras inúteis na Constituição. A cláusula da aplicação imediata tem sim uma importância prática extraordinária. Ela é a consagração expressa do princípio da máxima efetividade, que é inerente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos. Ela é o reconhecimento formal por parte do constituinte de que os direitos fundamentais têm uma força jurídica especial e potencializada.

Portanto, quando se analisa uma norma como a contida no artigo 14, §9º, da CF/88, deve-se partir do princípio de que ela tem aplicação imediata, ainda que seu efeito principal dependa da atuação do legislador. Explicando melhor: a referida norma enuncia não um simples comando dirigido ao legislador, mas inúmeras ações e diretrizes a serem seguidas pelo Estado como um todo. Trata-se, em última análise, de uma **cláusula geral de proteção da legitimidade ética das eleições**. Essa cláusula terá aplicação imediata na medida em que impõe, desde logo, o dever de respeito, proteção e promoção da moralidade eleitoral, a ser observado por todos os agentes públicos, independentemente de qualquer regulamentação. O juiz eleitoral deve pautar suas decisões sempre

com uma preocupação na moralidade. Esse dever não precisa, em regra, aguardar o legislador para gerar efeitos imediatos, ainda que o legislador tenha a obrigação de densificar, ou seja, regulamentar os pressupostos de validade da norma, para que ela alcance um grau máximo de efetividade. Enquanto o legislador não fizer isso, cabe ao Judiciário se pautar por essa diretriz imposta pela Constituição, agindo sempre pensando em dar a máxima efetividade à norma.

Com base nisso, pode-se dizer que a Justiça Eleitoral poderia perfeitamente invocar o artigo 14, §9º, da CF/88, para indeferir registro de candidaturas “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

E mesmo que se ache essa interpretação é “invencionice”, já que confere um poder muito grande para os juízes eleitorais sem o necessário suporte legislativo/democrático, pode-se lembrar que a Lei Complementar 64/1990, que regulamenta os casos de inelegibilidade, já prevê uma autorização semelhante. Trata-se, no caso, da autorização do artigo 23 redigida nos seguintes termos: “Art. 23. O Tribunal formará sua convicção [a respeito da inelegibilidade] pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Com base nisso, pode-se dizer que há duas situações completamente distintas de inelegibilidade previstas na LC 64/90: (a) a do artigo 1º, inc. I, “e”, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e (b) a do artigo 23, que não prevê um juízo criminal definitivo.

A primeira é vinculante e pode ser reconhecida por qualquer membro da Justiça Eleitoral, independentemente de requerimento. Já a segunda tem uma margem maior de discricionariedade, mas dependerá de requerimento para ser apreciada pela Justiça Eleitoral e será precedida de um processo mais longo, onde o contraditório e a ampla defesa ganharão uma dimensão bem mais abrangente do que na primeira situação.

No processo de impugnação de registro de candidatura, todos os documentos contidos nos inquéritos e processos criminais, ou mesmo nas ações de improbidade administrativa, até aqueles ainda não concluídos em

definitivo, poderão ser “emprestados” para embasar a decisão da Justiça Eleitoral. A mera existência de processos e de inquéritos em andamento não justifica o indeferimento do registro. Será o conteúdo das provas e indícios apresentados nesses procedimentos criminais que justificará um eventual indeferimento da candidatura, cabendo à Justiça Eleitoral realizar a “livre apreciação” desse material, conforme determina o artigo 23 da LC 64/90. A decisão deverá ser consistente e bem fundamentada, devendo se pautar em dados objetivos que justifiquem o indeferimento do registro da candidatura.

Na análise desse requisito de idoneidade moral, a Justiça Eleitoral deverá sopesar todos os elementos que podem demonstrar a prática de atos antiéticos cometidos por esse candidato, ainda que não criminosos. Punições administrativas, condenações por parte dos tribunais de contas, ações de improbidade administrativa etc., tudo isso poderá ser levado em consideração. Logicamente, as acusações de práticas criminosas pesarão bem mais. E também poderão pesar em diferentes intensidades. Um mero inquérito em tramitação pesa menos do que uma denúncia recebida que pesa menos do que uma sentença condenatória, mesmo não transitada em julgado, que pesa menos do que uma sentença condenatória confirmada pela instância recursal, mas ainda passível de recurso extraordinário ou especial. Do mesmo modo, o teor das acusações deve ser levado em conta. Um crime de difamação praticado por um político não é tão grave quanto um crime de peculato que não é tão grave quanto um crime de homicídio e por aí vai... Finalmente, o tipo de prova também é um fator importante. Uma prisão em flagrante tem um peso considerável; uma escuta telefônica idem; uma confissão também; uma prisão cautelar declarada por um juiz criminal é um indício razoável de autoria e materialidade do delito... Enfim, são muitas variáveis a se pensar.

O magistrado eleitoral, ao realizar essa atividade ponderativa, que não é simples, deverá se pautar pelo princípio de que qualquer limitação de direito fundamental deve ser considerada como uma medida excepcional. Como a elegibilidade é um direito fundamental, somente diante de razões fortes que justifiquem o indeferimento do registro, o magistrado deverá adotar essa medida, impondo-se, nesse caso, um ônus argumentativo particularmente pesado, até para que se possa avaliar se o dever de coerência está sendo observado; afinal, ao se exigir que o magistrado manifeste expressamente quais os argumentos que o convenceram a tomar uma determinada decisão, pressupõe-se que, diante de um caso semelhante, em que os mesmos argumentos podem ser adotados, a solução não será diferente.

Dito isso, passa-se a uma questão bastante problemática: será que a Justiça Criminal não poderá ser utilizada apenas para fins de perseguição “político-eleitoral”, no intuito de justificar o indeferimento de registro de determinados candidatos que não possuam tanta influência nos corredores do Judiciário?

É o que se verá a seguir.

O USO POLÍTICO DA JUSTIÇA CRIMINAL/ELEITORAL

Quanto mais poder for dado à Justiça Eleitoral, maior será a possibilidade de abuso. Afinal, como dizia Montesquieu, “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele” (MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200).

Logo, não há dúvida de que permitir que a Justiça Eleitoral indefira o registro de candidaturas com base em um juízo condenatório ainda não-definitivo abrirá margem para perseguições judiciais em relação aos candidatos que não possuem um bom trânsito perante o meio forense eleitoral.

Esse é um dos argumentos mais fortes contra a tese que ora se sustenta. Afinal, é inegável que o Poder Judiciário pode violar os direitos fundamentais como qualquer outro poder. Se os juízes fossem santos ou seres imaculados, então não precisariam existir tantos direitos fundamentais e garantias processuais previstos justamente para limitar os poderes dos magistrados!

Nlados/corruptos/mal-intencionados – pode fazer tanto mal à democracia quanto o pior dos tiranos. A situação se agrava diante de eleições municipais, quando os juízes nas mais longínquas comarcas estão distantes dos holofotes e, portanto, menos suscetíveis a uma fiscalização pública mais intensa.

Diante disso, há fundado receio de que poderão surgir denúncias criminais com a única finalidade de obstaculizar candidaturas, embora, conforme visto, esse argumento em particular não é tão relevante, pois não é a mera existência de inquéritos ou processos criminais que deve motivar o indeferimento de candidaturas, mas sim a existência de elementos objetivos capazes de levar a um juízo preliminar de falta de idoneidade moral do candidato. De qualquer modo, não há dúvida de que o uso eleitoreiro da máquina judiciária é uma ameaça real.

E é aqui que surge o seguinte dilema: é melhor “pagar para ver” ou é melhor manter as coisas como estão?

Creio que vale a pena correr o risco. É preciso acreditar, ainda que “com o pé atrás”, na magistratura. Ou seja, é preciso acreditar, desconfiando; fiscalizando os juízes; controlando o funcionamento do sistema; questionando decisões pouco fundamentadas; criticando condutas duvidosas; representando desvios; denunciando fraudes. Enfim, a probidade ética que se exige de um processo eleitoral vale não somente para os candidatos, mas, sobretudo, para quem fiscaliza a lisura das eleições.

Mudar é preciso, pois a situação atual é inaceitável. O número de candidatos com forte demonstração de desonestidade que foram eleitos no pleito de 2006 foi muito grande. Houve o caso de um deputado federal que saiu direto da prisão para ser diplomado pela Justiça Eleitoral. Que grande paradoxo! Um sistema eleitoral no qual o fator mais importante para vencer uma eleição é a quantidade de dinheiro que o candidato está disposto a pagar para se eleger está errado em si mesmo. Isso é tudo menos democracia.

O processo de impugnação de registro, embora célere, atende aos requisitos de um processo justo. Nele, o pré-candidato poderá apresentar suas razões, indicar testemunhas, questionar todos os documentos que forem apresentados nos autos. E ainda caberá recurso para instância superior caso o seu registro não seja deferido. É preciso frisar: não se trata de indeferir o registro pela existência de meros inquéritos ou processos criminais em andamento, mas por existirem indícios suficientes e não justificados, devidamente apreciados pela Justiça Eleitoral, de que o candidato não apresenta os requisitos mínimos de idoneidade moral para ocupar um cargo político.

Os abusos, que certamente existirão, serão pontuais e passíveis de correção via recurso. Caberá aos tribunais, em especial ao Tribunal Superior Eleitoral, fixar os parâmetros de objetividade necessários para podar eventuais excessos, estabelecendo os indícios mínimos que poderão ser utilizados para embasar uma negativa de registro de candidaturas. Assim, por exemplo, poderá ficar definido que uma prisão em flagrante homologada pela Justiça é um indício objetivo, uma confissão em juízo idem, uma prisão cautelar não reformada do mesmo jeito e assim por diante... É algo a se construir, inclusive com a ajuda da “sociedade aberta” dos intérpretes da Constituição...

A CAPACIDADE DO POVO DE CENSURAR “NAS URNAS” OS POLÍTICOS DESONESTOS

Finalmente, um argumento muito mais retórico do que pragmático é a alegação de que o povo será capaz de, ele próprio, dentro dos mecanismos democráticos, escolher os candidatos mais capacitados, inclusive sob o aspecto ético, para representá-lo no parlamento, não cabendo ao Poder Judiciário interferir nessa liberdade de escolha.

Quem defende esse argumento ataca seus adversários dizendo que aqueles que não acreditam no povo são antidemocráticos por não confiarem nas virtudes da soberania popular.

Uma coisa não tem nada a ver com a outra. Particularmente, sou fã daquela frase de Lord Russel que dizia que “quando ouço falar que um povo não está suficientemente preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem suficientemente preparado para ser déspota”. Mesmo assim, acredito que o processo democrático não funciona adequadamente se não houver limites éticos a serem observados.

Dizer que a democracia é auto-suficiente lembra, embora o contexto seja diferente, aquela idéia de “mão invisível” desenvolvida por Adam Smith, pela qual o mercado é capaz de se auto-regular. A história já demonstrou claramente que a “mão invisível” do mercado é ela própria responsável por instabilidades e crises sociais, que exigirão, mais cedo ou mais tarde, a intervenção do Estado, seja para reprimir os conflitos que surgem, seja para minorar o problema da população oprimida, seja para evitar o abuso do poder econômico por grandes corporações.

A “mão invisível” é a mesma mão que afaga os poderosos e apedreja os desvalidos. Isso vale tanto para liberdade econômica sem limites éticos quanto para a liberdade política sem limites éticos.

Por isso, é necessária a intervenção judicial para permitir que as engrenagens democráticas reflitam fielmente a vontade do povo. O “deixar fazer, deixar passar” (“laissez-faire, laissez-passer”) no jogo eleitoral significa, no final das contas, fechar os olhos para o abuso do poder econômico, para o voto de cabresto, para o clientelismo, para a compra de votos etc.

Aliás, até mesmo os mais severos críticos do ativismo judicial, como Habermas, Ely, entre outros, acreditam que é papel do Judiciário promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas.

E isso se mostra ainda mais necessário quando se percebe que diversos candidatos, sem compromissos éticos, manipulam o processo eleitoral com técnicas desonestas de captação de eleitores, através da compra de votos, caixa dois, lavagem de dinheiro, financiamento de campanha por grupos criminosos, corrupção e fraude à legislação eleitoral. Um candidato com histórico de criminalidade e desonestidade somente pensará, após ser eleito, em como pagar as dívidas de campanha, como retribuir àqueles que patrocinaram sua eleição, como angariar fundos e apoio político para vencer as próximas eleições; e mais: como aproveitar a influência do cargo para se livrar do processo criminal! Enfim, a busca pelo bem comum e pelo interesse público parece ser uma das últimas preocupações desse parlamentar. Não é preciso ser gênio, nem ter curso superior, para saber disso.

Por isso, antes de desmerecer as virtudes da sociedade democrática, a exigência de se observar padrões éticos, fixados e fiscalizados por um órgão imparcial, é essencial para que não existam desvios e manipulações ilícitas do jogo eleitoral. Daí porque a Justiça Eleitoral, com todos os seus problemas e limitações, ainda é a instituição mais legitimada, tanto sob o aspecto social quanto jurídico, para exercer esse papel de guardião da moralidade do processo democrático, conforme autoriza a própria Constituição.

Com isso, já se pode concluir.

CONCLUSÕES

Diante de tudo que se falou, pode-se concluir que a solução que melhor espelha a “pretensão de correção” para utilizar a expressão cunhada por Robert Alexy ou a “idéia de Justiça” para ficar com um termo de John Rawls é a seguinte:

(a) é papel da Justiça Eleitoral exercer o controle da legitimidade ética do processo eleitoral, através do julgamento das ações de impugnação de registro de candidaturas, entre outras ações semelhantes;

(b) a Justiça Eleitoral, nesse processo, pode formar sua convicção livremente, através de um processo judicial em que sejam observados o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso para uma instância superior;

(c) dentro da fase probatória do processo de impugnação de registro de candidaturas, a Justiça Eleitoral poderá utilizar qualquer elemento que possa ser útil à formação de sua convicção, inclusive provas e indícios produzidos por outros órgãos, através da chamada “prova emprestada”;

(d) a prova emprestada pode envolver até mesmo a utilização de documentos, depoimentos, decisões judiciais, autos de prisão, degravação de interceptações telefônicas, dados bancários e fiscais etc. de processos criminais e inquéritos policiais ainda não concluídos, bem como provas produzidas em ações de improbidade administrativa, processos que tramitam nos tribunais de contas etc., desde que tenham sido obtidos lícitamente;

(e) a decisão judicial que resulte no indeferimento do registro da candidatura deverá ser consistentemente fundamentada (argumentação forte), e deve se basear em elementos objetivos capazes de levar a uma convicção concreta de que o candidato em questão não possui idoneidade ética suficiente para exercer um cargo político;

(f) a mera existência de inquéritos e processos criminais em andamento, ainda que com sentenças condenatórias, não é suficiente, por si só, para gerar um juízo negativo de idoneidade moral, pois o mais importante é o conteúdo das acusações (gravidade dos crimes supostamente cometidos) e a robustez das provas já produzidas, a serem valoradas motivadamente pelo juízo eleitoral;

(g) enquanto não houver condenação ou absolvição definitivas na esfera penal, a responsabilidade criminal, ainda em fase de apuração, não pode interferir na responsabilidade eleitoral, pois são instâncias distintas, com critérios distintos de formação do convencimento;

(h) indícios fortes de autoria e materialidade de delitos supostamente praticados, como prisões em flagrante homologadas pela Justiça Criminal, decretação de prisão cautelar não reformada, escutas telefônicas incriminadoras, confissões, sentenças condenatórias de crimes graves, recebimento de denúncia através de decisão fundamentada e não reformada, entre outros elementos semelhantes, podem ser considerados como dados objetivos capazes de levar a um juízo de inidoneidade moral para fins de indeferimento de registro de candidatura, caso o pré-candidato não apresente justificativa plausível para modificar a convicção do juízo eleitoral.

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA A TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Ivana Maíra Marinho

*Juíza Federal Substituta da 11ª Vara/PE, com especialização em
Direito Processual Civil pela ESMAPE.*

Sumário: 1.Introdução - 2. Coisa Julgada: efeito ou qualidade da sentença - 3. Alcance subjetivo da autoridade da Coisa Julgada - 4. A Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo: 4.1. Extensão subjetiva: tratamento conforme a natureza do direito tutelado 4.1.1. Tutela de direitos difusos e de direitos coletivos stricto sensu - 4.1.2. Tutela de direitos individuais homogêneos - 4.2. Restrição territorial da eficácia subjetiva - 4.3. Jurisprudência do STJ: tendência à extensão erga omnes e para além dos limites da competência do órgão prolator da decisão - 5. Conclusão: Eficácia Perante Todos Os Substituídos Referências.

Resumo: Ante a complexidade das relações jurídicas negociais atuais é comum que decisões proferidas em demandas judiciais envolvendo partes específicas atinjam a esfera jurídica de terceiros. Tal constatação é ainda mais pertinente no âmbito das denominadas ações coletivas, principalmente em se tratando do mandado de segurança coletivo, dada a natureza eminentemente mandamental das decisões proferidas em seu bojo. Analisar-se-á, assim, se as sentenças proferidas neste tipo de ação podem ostentar a qualidade de coisa julgada perante quem não foi parte processual, como também os limites impostos à imutabilidade da sentença, nos casos em que alcançada, tudo com

ênfoque especial ao mandado de segurança coletivo para a tutela de direito individual homogêneo.

1. INTRODUÇÃO

Tem origem em Roma a lição de que a decisão judicial não alcança nem prejudica quem não foi parte no processo. Durante bastante tempo, esse axioma foi aceito sem qualquer questionamento.

Inobstante, é inegável que o incremento das relações negociais amplia o nexo de prejudicialidade e dependência existentes entre relações jurídicas envolvendo uma pluralidade de sujeitos. Nesse panorama, torna-se, cada vez mais comum, que decisões proferidas em demandas judiciais envolvendo partes específicas acabem por atingir a esfera jurídica de terceiros.

De outro giro, com a apontada modernização das relações substanciais, cada vez envolvendo mais pessoas a um só tempo, assim como em razão da busca pela efetividade do processo, ganham força, no cenário jurídico atual, as discussões doutrinárias, com reflexo direto nos direitos positivos dos diversos Estados, os instrumentos destinados à tutela dos interesses difusos e coletivos, dentre eles o mandado de segurança coletivo.

Inúmeras são as questões envolvendo as denominadas ações coletivas. Discute-se desde a legitimidade ativa para a sua propositura até as dificuldades vislumbradas na fase executiva das determinações judiciais.

O presente trabalho, contudo, tem por escopo apenas refletir acerca dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações de mandado de segurança coletivo para a tutela de direito individual homogêneo, assim entendido como aquele que afeta mais de um sujeito em razão de uma origem comum e que tem objeto divisível.

Pretende-se, assim, estudar a possibilidade de a sentença proferida no corpo dessa espécie de ação coletiva produzir efeitos diversos, ou até tornar-se imutável, em relação a pessoas que não sejam partes no processo.

A importância de tal reflexão cresce na medida que se populariza, no Brasil, a utilização de mandados de segurança coletivo, eis que surgem discussões doutrinárias e jurisprudenciais palpitantes sobre quem seria atingindo pela coisa julgada em tais ações, e de que forma, assim como se haveria, em alguns casos, burla ao princípio constitucional do juiz natural.

Imprescindível investigar-se, também, se o tradicional regime dos limites subjetivos da coisa julgada se coaduna com o processo de espectro coletivo ou

se, pelo contrário, novas regras governam a extensão subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada (TUCCI, 2006, p. 21).

Assim, tratar-se-á do tema sob o enfoque das regras processuais que regem a matéria, como também à luz dos princípios constitucionais do juiz natural e da isonomia.

2. COISA JULGADA: EFEITO OU QUALIDADE DA SENTENÇA?

Predomina, na doutrina brasileira, o entendimento, inspirado nas lições de Liebman, de que a coisa julgada deve ser considerada em dois aspectos: formal e material. Denominar-se-ia coisa julgada formal a imutabilidade da sentença no momento em que esta se tornasse irrecorrível, ainda que não tratasse do mérito da demanda; e coisa julgada material a imutabilidade de seus efeitos, todos eles, sejam declaratórios, constitutivos ou condenatórios (CÂMARA, 2004, p. 464).

Diversas são as críticas a tal entendimento. Arenhart e Marinoni (2003, p. 670), por exemplo, defendem que apenas os efeitos declaratórios da sentença são imutáveis. Já Câmara (2004, p. 465), citando Barbosa Moreira e Enrico Allorio, sustenta que imutável é o conteúdo da sentença, assim entendido como o ato judicial consistente na fixação da norma reguladora do caso concreto.

Definições à parte, certo é que, em razão do trânsito em julgado da sentença, aquele ato judicial não pode mais ser discutido no mesmo processo e, acaso contenha decisão de mérito, o comando dela decorrente não pode mais ser revisto, ainda que em outro processo.

De outro giro, inobstante a definição legal de coisa julgada, posta no art. 467, CPC¹, é assente, na doutrina majoritária, também inspirada em Liebman, que a coisa julgada não constitui efeito da sentença, eis que dela não decorre naturalmente (ARENHART e MARINONI, 2003, p. 664).

Nesse ponto, importante diferenciar os conceitos de eficácia, efeito e conteúdo da sentença. A eficácia, “é a potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída, para produzir *efeitos*” (ARENHART e MARINONI, 2003, p.664), ou, em outras palavras, a forma através da qual a pretensão da parte vencedora, depois de acolhida pela sentença de mérito, pode ser exercida. Para Tucci

¹ “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

(2006, p. 28), é a projeção dos efeitos da sentença. Já segundo Câmara (2004, p.437), significa a sua aptidão para produzir efeitos.

Já os efeitos da sentença são externos ao ato. Alguns deles são determinados por imputação, decorrem do conteúdo da sentença, enquanto outros são apenas atribuídos pelo ordenamento jurídico.

O conteúdo, por sua vez, é a norma fixada na sentença para aquele caso concreto. “O efeito não se confunde com o conteúdo do ato jurídico, uma vez que este se localiza dentro do ato, enquanto aquele é necessariamente extrínseco” (CÂMARA, 2004, p.438). O conteúdo é o que integra o ato, enquanto seu efeito é o que resulta do seu conteúdo e o que assim preveja a lei.

Uma sentença de conteúdo condenatório, por exemplo, produz o efeito de permitir a instauração da fase executiva do processo. A sentença meramente declaratória, por sua vez, tem por conteúdo a certeza quanto à existência (ou inexistência) de uma relação jurídica, enquanto que seu efeito lógico é que, para aquelas partes, a relação jurídica objeto da demanda valerá da forma como estabelecida na sentença, descabida qualquer impugnação. A mesma sentença de conteúdo meramente declaratório, contudo, pode permitir a instauração da fase executiva, ainda que este não seja seu efeito natural, tal como previsto no artigo 76 do Código de Processo Civil.

Assim, a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade que atinge apenas o conteúdo daquele ato judicial.

3. ALCANCE SUBJETIVO DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA

Remonta ao direito romano-canônico a idéia de que a autoridade da coisa julgada alcança apenas as partes do processo, sem atingir terceiros, seja para beneficiá-los, seja para prejudicá-los. É assim na Itália, na França, na Alemanha (TUCCI, 2006, pp. 43-99). Nesse sentido é o direito positivo brasileiro, conforme norma posta no artigo 472 do Código de Processo Civil.

A doutrina tradicional, preconizada, dentre outros, por Chiovenda e, no Brasil, por Alfredo Buzaid (BATISTA, 2005, pp. 116-123), contudo, inobstante positivada em inúmeros ordenamentos jurídicos, paulatinamente vem perdendo força frente à massificação das relações sociais. Os vínculos de interdependência e prejudicialidade, muitas vezes presentes nas relações jurídicas atuais, mostram que terceiros são, na prática, afetados por decisões judiciais que deveriam, conforme o direito positivo, produzir efeitos apenas entre as partes do processo em cujos autos foram proferidas.

Atenta a tais fatos, a doutrina contemporânea, mais uma vez com fundamento na tese defendida no Brasil por Liebman, passou a entender que autoridade da coisa julgada alcança apenas as partes, inobstante seja inquestionável que a mesma produz efeitos, ainda que reflexos, perante terceiros (TUCCI, 2006; ARENHART e MARINONI, 2003).

Tradicionalmente, com base em Chiovenda, define-se parte como aquele que demanda, aquele em cujo nome se demanda e aquele em face de quem se demanda a atuação da vontade concreta da lei². Carnelutti também não distancia o conceito de parte processual do de parte do direito material (TUCCI, 2006, pp. 31-32).

Não se pode olvidar, todavia, que o conceito de parte processual não pode ser aferido nos domínios da relação de direito material. Ora, aquele que integra a relação processual, ainda que não faça parte da relação jurídica de direito material e, portanto, não tenha legitimidade para a causa, não deixa de ser parte naquele processo.

Assim, partes são os sujeitos contrapostos na dialética do processo instaurado perante o juiz. É imprescindível à definição de parte processual o exercício do contraditório entre ambas, no processo, perante o juiz. “A denominada parte em sentido substancial, quando não guarda coincidência com a parte que atua no processo, é apenas um *terceiro*” (TUCCI, 2006, p. 35, destaque do autor).

Além do autor e do réu, também são partes os sucessores processuais ou aqueles que, de alguma forma, intervenham no processo, seja defendendo direito próprio, seja em auxílio de outra parte, seja por provocação de alguma das partes originárias.

Apenas ficam sujeitas à autoridade da coisa julgada as partes do processo no qual a sentença foi proferida e não as partes da relação jurídica substancial que, por não haverem integrado aquela relação processual, são, naquele processo, terceiros.

Os terceiros, contudo, podem ser alcançados pelos efeitos da sentença. Deve-se destacar, todavia, que, inobstante a sentença proferida entre partes possa ser relevante para diversos terceiros, ela apenas produz eficácia jurídica perante aqueles terceiros que sejam titulares de relação jurídica vinculada, por nexo de prejudicialidade, à relação jurídica decidida entre as partes.

² Ao fazer referência à expressão “vontade concreta da lei” Chiovenda peca por trazer noções de direito material para conceituar um termo de direito processual.

Nesse contexto, admite-se classificar aqueles que não ostentam a qualidade de parte entre terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados. São juridicamente indiferentes aqueles isentos de prejuízos jurídicos emanados da sentença, ainda que atingidos por prejuízos de fato, como os credores do vencido na demanda. Já os juridicamente interessados têm direito próprio alvejado pela decisão judicial, seja por se dizer titular do mesmo direito que fora apreciado na sentença, seja em razão de a decisão constituir pressuposto da relação jurídica de que é titular o terceiro (BATISTA, 2005, pp. 128-129).

Apenas estes últimos, os terceiros juridicamente interessados, por terem direito subjetivo próprio atingido pela eficácia da sentença, são legitimados a intervir na relação processual até então formada entre as partes. Intervindo, passam a ostentar a qualidade de parte e ficam sujeitos à autoridade da coisa julgada. Caso contrário, ainda que sujeitos à eficácia da sentença, não são alcançados pela sua imutabilidade.

Os terceiros juridicamente indiferentes, por sua vez, por não terem interesse processual na lide, estão sujeitos aos denominados efeitos naturais da sentença. Isso porque, por não terem ditos terceiros legitimidade processual para discutir aquela sentença, seus efeitos são imutáveis naturalmente, independentemente de sujeição à autoridade da coisa julgada (ARENHART e MARINONI, 2003, p. 674).

4. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO:

4.1. Extensão subjetiva: tratamento conforme a natureza do direito tutelado

São legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo, conforme art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal brasileira, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Os legitimados atuam na qualidade de substitutos processuais³, defendendo, em nome próprio, por autorização legal⁴, direito alheio. Os substituídos, titulares do direito material objeto da lide, são, por sua vez, terceiros à relação processual.

A despeito de ostentar o substituído processual a qualidade de terceiro, é assente, segundo Tucci, o entendimento doutrinário no sentido de que ele fica adstrito à autoridade coisa julgada qualquer que seja o resultado do processo. Isso porque é ele o principal destinatário da sentença. Para Liebman, o substituído sequer seria verdadeiro terceiro (TUCCI, 2006, p. 227).

Ao mandado de segurança coletivo, todavia, não se aplica referido entendimento doutrinário, inobstante tratar-se de caso típico de substituição processual, ao menos no que tange à tutela de interesses individuais homogêneos⁵. É que, tratando-se de ação coletiva, que visa a tutelar direito transindividual⁶, se sujeita a regramento próprio, no caso o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Com efeito, no que tange aos limites subjetivos, o regime da coisa julgada não só nos mandados de segurança coletivos, mas nas ações coletivas de modo geral, difere completamente do tratamento clássico de eficácia *inter partes* da decisão. Isso em razão especialmente da natureza dos bens jurídicos por ela tutelados, cuja utilidade prática decorrente do acolhimento do pedido, segundo Mancuso, não reflui em prol de quem tenha sido o autor da demanda, o qual apenas atuou como um portador adequado do interesse metaindividual (BATISTA, 2005, p. 145).

A dificuldade em definir a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, e especificamente no mandado de segurança coletivo para

³ Art. 6º, CPC.

⁴ No caso do mandado de segurança coletivo, a autorização é constitucional.

⁵ No sentido de que a legitimação para a propositura de ações coletivas para a tutela de direitos difusos ou coletivos stricto sensu é legitimação autônoma para a condução do processo, ordinária, portanto, confira-se BATISTA, 2005, p. 145, citando Mancuso na nota de rodapé número 28. Tal entendimento mostra-se correto, já que, em razão da própria natureza dos direitos em questão, não são os mesmos titularizados por pessoa específica que pudesse ser identificada como substituído processual.

⁶ Assim entendidos os direitos coletivos lato sensu, sejam eles difusos, coletivos stricto sensu ou individuais homogêneos, conforme definidos no art. 81, parágrafo único, CDC. Sobre o cabimento do mandado de segurança coletivo para tutelar inclusive direitos difusos, confira-se SANTOS, 2004, pp. 122-123. Sobre o descabimento do mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos e de direitos difusos, confira-se DINAMARCO, 2002, p. 693.

a defesa de interesses individuais homogêneos, tem início já em identificar-se se o direito postulado é direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Conforme Antonio Gidi, para tal distinção o mais adequado seria identificar o direito subjetivo específico que se reputa violado, eis que de um mesmo fato lesivo podem nascer pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras. Já Nelson Nery Jr., partindo da mesma premissa (de que o mesmo fato lesivo pode gerar pretensões de naturezas diversas), entende ser preponderante o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende. Na verdade, é o conjunto de ambas as proposições – o direito subjetivo específico que se reputa violado e o tipo de pretensão material pretendida – que servem de suporte para identificar a natureza do direito pleiteado (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, pp. 83-84).

Nesses casos de tutela de interesses coletivos *lato sensu*⁷, o tratamento dado à coisa julgada é diferenciado a depender da natureza do direito tutelado, conforme especificado a seguir.

4.1.1. Tutela de direitos difusos e de direitos coletivos *stricto sensu*

Reputam-se direitos difusos, conforme definido no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor – CDC – aqueles transindividuais, pertencentes a uma coletividade, de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, não individualizadas, ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica. São exemplos corriqueiros a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através da imprensa, a afetar número incalculável de pessoas, sem que elas haja uma relação jurídica base, assim como a proteção ao meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 74).

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles metaindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, eis que integrantes de grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, o com a parte contrária, por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, II, CDC).

DIDIER JR e ZANETI JR (2007, p. 74) destacam que, nos termos da lei “essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo ‘*affectio*

⁷ Difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

societatis’ ou pela sua ligação com a ‘parte contrária’”. Como exemplo do primeiro caso, citam os referidos autores os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, ou qualquer outra associação profissional; do segundo, os contribuintes de determinado imposto.

Dita relação base, ressalte-se, no caso dos direitos coletivos *stricto sensu*, há de ser anterior à lesão, sob pena de, sendo posterior, caracterizar justamente o vínculo existente entre os titulares de direitos difusos (após a propaganda enganosa, por exemplo, todos aqueles por ela atingidos passam também a ostentar vínculo, só que tal ligação decorre exatamente do dano, comum a todos).

Tratando-se de direitos difusos, em razão da sua natureza indivisível, a imutabilidade do comando sentencial tem de regra extensão *erga omnes*, a toda a coletividade, mas apenas *in utilibus*, se para beneficiá-la. A exceção consiste no caso de improcedência do pedido por insuficiência da prova, ainda que não haja manifestação expressa na sentença de que esta foi a causa da rejeição da demanda (ARENHART e MARINONI, 2003, p. 783; DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 345; BATISTA, 2005, p. 155). Nesta situação, permite-se a qualquer outro propor ação com idêntica causa de pedir, valendo-se de novo arcabouço probatório (art. 103, I, CDC).

Nas hipóteses de direitos coletivos *stricto sensu*, tem-se a eficácia *ultra partes in utilibus* da coisa julgada, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, tal como em relação aos direitos difusos (art. 103, II, CDC).

Em ambas as situações, tem-se o que a doutrina denomina de coisa julgada *secundum eventum probationis*. No caso de vitória do demandante, jamais se poderá voltar a discutir o que ficou definitivamente decidido. No caso de derrota, também não mais se permite a discussão por meio de ação coletiva, seja ela proposta pelo legitimado derrotado, seja por qualquer outro co-legitimado. Todavia, se aquele legitimado ativo que ajuizou a ação coletiva obtiver resultado desfavorável por insuficiência de provas, não há se falar em coisa julgada *ultra partes*, sendo possível, em qualquer momento posterior, o ajuizamento da demanda, por outro legitimado, com idêntico fundamento (TUCCI, 2006, p. 157).

Da mesma forma, a coisa julgada, ainda que desfavorável, não opera qualquer efeito em relação aos direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. Isso não só por expressa disposição legal (art. 103, § 1º, CDC), como porque tais questões ultrapassam os limites objetivos da

coisa julgada (pedido), já que, na ação individual, o bem jurídico tutelado não mais é o coletivo, mas apenas aquele que compõe a esfera individual do autor (BATISTA, 2005, p. 156).

4.1.2. Tutela de direitos individuais homogêneos

Também permite o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, III, a defesa dos interesses individuais homogêneos através de ações coletivas promovidas por substituto processual, legitimado extraordinário. Mais especificamente, contempla o CDC a possibilidade de um substituto processual demandar “ação coletiva de responsabilidade por danos individualmente sofridos no interesse da vítima ou de seus sucessores” (art. 91).

Dita espécie de demanda coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 75; BATISTA, 2005, p. 157).

Nesse caso, a condenação é genérica e a liquidação e a execução dependem das iniciativas pessoais das vítimas ou de seus sucessores ou pelos legitimados para a propositura da demanda coletiva elencados no art. 82, CDC. A liquidação haverá de ser individual, ainda que promovida por um dos legitimados do art. 82, CDC. Já a execução poderá ser coletiva (art. 98, CDC).

Assim, na fase individual – liquidação, ao menos – deverá o titular do direito individual homogêneo reconhecido pela sentença coletiva genérica se identificar e demonstrar que sua situação individual se encontra abrangida pela situação decidida em termos genéricos.

São interesses individuais homogêneos, segundo o CDC, aqueles que têm origem comum. Para DIDIER JR e ZANETI JR (2007, p. 76), são aqueles nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é posterior ao fato lesivo, ainda que não haja unidade temporal ou factual. É exemplo citado por aqueles autores a ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente causados.

Não são, dessa forma, direitos coletivos em essência, mas tratados coletivamente apenas em razão de política legislativa, tendo em vista a sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. Inobstante, “são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução” (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 77).

Sobre os direitos individuais homogêneos aduz Antonio Gidi que “tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo

brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (em massa)” (*apud* DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 76).

Nessa perspectiva, o pedido nas ações coletivas dessa natureza será sempre uma “tese jurídica geral”, que beneficie, sem distinção, aos substituídos. Eventuais peculiaridades dos direitos individuais deverão ser atendidas em liquidação de sentença.

Destarte, em demandas para a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, a extensão subjetiva da coisa julgada foge à regra tradicional do Código de Processo Civil, de que os substituídos são sempre atingidos pela coisa julgada, seja o resultado favorável ou desfavorável às suas pretensões.

É que tem extensão *erga omnes*, beneficia todos os titulares dos direitos individuais postulados e respectivos sucessores, somente se for procedente o pedido (art. 103, III, CDC). No caso de improcedência do pedido, os substituídos que não houverem intervindo no processo e, portanto, adquirido a qualidade de parte, não estão, por expressa disposição legal, adstritos à autoridade da coisa julgada; opera-se esta apenas em relação aos demais legitimados para a ação coletiva (art. 103, § 2º, CDC). É o que se denomina de coisa julgada *secundum eventus litis e in utilibus*: estende-se aos substituídos de acordo com o resultado do litígio e apenas para beneficiá-los.

Não significa dizer que, no caso de improcedência da demanda, não se opere a coisa julgada. Esta apenas não terá efeitos *erga omnes*, mas operará efeitos apenas entre as partes do processo e os co-legitimados para a demanda coletiva. A insuficiência de provas não autoriza, como acontece com os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, o ajuizamento de outra ação coletiva em face de provas inéditas. Forma-se a coisa julgada coletiva material, tanto para os legitimados do art. 82, CDC, quanto para os interessados que atuaram como litisconsortes na demanda (BATISTA, 2005, p. 159).

É, assim, caso de coisa julgada *secundum eventus litis* apenas para os substituídos (ARENHART e MARINONI, 2003, p. 782; DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 347).

A coisa julgada, conforme destacam Antonio Gidi e Marinoni, em qualquer caso, se forma *pro et contra* para as partes, qualquer que seja o resultado do litígio, tal como no processo civil clássico. O que se dá *secundum eventus litis* ou *secundum eventus probationis*, conforme o caso, não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera individual de terceiros prejudicados pela violação do direito transindividual (BATISTA, 2005, p. 148).

4.2. Restrição territorial da eficácia subjetiva

O art. 16 da Lei n.º 7.347, de 24.07.1985⁸, que disciplina a ação civil pública⁹, e o art. 2º - A¹⁰ da Lei n.º 9.494, de 10.09.1997¹¹, visam a restringir os limites subjetivos da eficácia da coisa julgada em ação coletiva. Impõem, ambos, limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão. Por assim disporem, estão eivados de vício de inconstitucionalidade por ofenderem o princípio da razoabilidade.

Batista (2005, pp. 175-177) identifica a origem da limitação territorial da eficácia da decisão ao âmbito de competência do órgão prolator à época das privatizações das empresas públicas federais. Segundo referido doutrinador, foi a forma encontrada pelo Poder Executivo para viabilizar as privatizações e as demais “políticas públicas” de seu interesse, restringindo a eficácia do processo coletivo e enfraquecendo-o.

Para Didier Jr. e Zaneti Jr (2007, p. 144), a limitação da jurisdição¹², no caso em tela, não deve subsistir frente aos princípios mais simples referentes à ação coletiva, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado.

A irrazoabilidade dos referidos dispositivos, ainda segundo Didier Jr. e Zaneti Jr (2007, p. 145), podem ser apontadas em cinco objeções:

a) Acarretam prejuízo à economia processual ao impor o ajuizamento simultâneo de tantas demandas coletivas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva instância jurisdicional competente às quais estejam sujeitos, por regras de competência, os substituídos processuais; bem como se fomenta o conflito lógico e prático de julgados;

⁸ Com a redação dada pela Lei n.º 9.494/97.

⁹ E, portanto, aplica-se apenas às demandas que tenham por objeto direitos difusos ou coletivos stricto sensu (art. 1º da lei em questão). Em sentido contrário, desde que o direito individual homogêneo tutelado não envolva relações de consumo, confira-se BATISTA, 2005, p. 181.

¹⁰ Aplica-se apenas às demandas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos, especificamente às causas que envolvem associações de classes.

¹¹ Com a redação dada pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24.08.2001, ainda em vigor quando da elaboração do presente estudo por força do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001.

¹² “O que se limita aqui não é propriamente a competência, atribuição de parcela de poder ao juiz, âmbito de decisão do juiz, mas a efetividade da jurisdição, do dizer o direito. A jurisdição, assim entendida, é por princípio, uma em todo território nacional”. (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 144).

b) Ofendem os princípios da igualdade e do acesso à jurisdição (direito de ação e a indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição), criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo. O direito de acesso à Justiça consiste no direito de acesso à ordem jurídica justa, a qual estaria negada pela imposição de dificuldades ao acesso coletivo à justiça;

c) Afrontam a indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, os quais, a exceção dos direitos individuais homogêneos, são indivisíveis por natureza e, aquele, por determinação legal (art. 81, parágrafo único, CDC);

d) Decorrem de equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência, critério legislativo para repartição da jurisdição por motivo de divisão de trabalho, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional (coisa julgada). A jurisdição é una em todo o território nacional; a competência só se define para marcar o espaço de trabalho do juízo e não para confinar, nos seus limites territoriais, a repercussão subjetiva do julgado. Sendo a jurisdição função do Estado, e sendo a sentença e a coisa julgada que sobre ela se forma manifestações desse mesmo poder, seus efeitos não podem sofrer restrições territoriais, já que o poder soberano do Estado é uno e indivisível. A competência se rege por critérios territoriais; os limites subjetivos da coisa julgada são determinados pela relação de direito material deduzida em juízo (SANTOS, 2004, p. 200)¹³;

e) São ineficazes em face do art. 93 e 103, ambos do CDC, que estabelecem, respectivamente, a competência do juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal para julgar ilícitos de âmbito regional ou nacional, e eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, em ambos os casos sem qualquer restrição territorial¹⁴.

Além disso, como apontou Nelson Nery Jr., na arguição oral do concurso da Profa. Teresa Wambier para tornar-se Livre-docente na PUC/SP, em setembro de 2004, o dispositivo levaria a uma situação inusitada: a sentença brasileira pode produzir efeito em

¹³ “É por essa razão que, por exemplo, um casal divorciado no Estado do Rio de Janeiro, é divorciado em todo o Brasil, não obstante a competência territorial do juiz que presidiu a ação divórcio seja limitada ao Estado do Rio de Janeiro, uma vez que a sentença por ele proferida, que decretou a dissolução do vínculo matrimonial, constitui exercício de jurisdição e, portanto, manifestação do poder soberano do Estado, e, como tal, vale e produz efeitos em todo o território nacional”. (SANTOS, 2004, p. 200).

¹⁴ Recorde-se que o CDC não traz disposições semelhantes às constantes dos citados dispositivos legais.

qualquer lugar do planeta, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o tribunal estrangeiro competente; do mesmo modo, uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação da sentença estrangeira perante o STJ [...]. No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Trata-se de absurdo sem precedentes. Seria o caso de submeter essa sentença ao STJ, para que ela possa produzir efeitos em todo território nacional? (DIDIER JR e ZANETI JR, 2007, p. 145-146).

A irrazoabilidade e inconstitucionalidade das normas em comento, ao preverem a limitação territorial à extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, também é defendida por Batista (2005, pp. 178-192). Aos argumentos expostos por Didier Jr. e Zaneti Jr, acima elencados, acrescenta o referido autor que buscar limitar os efeitos da coisa julgada no âmbito de dada competência territorial é negar a eficácia natural de que se reveste toda sentença, além de que conduziria à conclusão, a seu ver absurda, de que a abrangência subjetiva do julgado coletivo ficaria condicionada à competência do órgão julgador em último grau de jurisdição.

Ainda para Batista, a imposição da limitação territorial em questão implicaria ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que haveria limitação desnecessária de direitos e garantias, caracterizando vulneração à proibição de excessos.

Baseado em Araújo Filho, Batista recorda, finalmente, que o art. 2º - A, da Lei n.º 9.494/97 traduz-se em um desequilíbrio para o sistema da coisa julgada nas ações coletivas. Com efeito, enquanto as sentenças penais condenatórias, nos termos do art. 103, §3º, CDC, produziriam efeitos em todo o território nacional, em benefício das vítimas e dos sucessores, a sentença civil só alongaria seus efeitos para o universo subjetivo compreendido na competência territorial do órgão prolator da decisão.

De outro giro, especificamente com relação ao mandado de segurança coletivo, objeto precípua do presente estudo, destaque-se, o art. 2º - A, da Lei n.º 9.494/97 revela-se inócuo. A ordem judicial é dada à autoridade coatora para que esta a cumpra nos limites de sua competência e, conseqüentemente,

em relação a todos os seus destinatários. É a competência da autoridade coatora que determina o alcance subjetivo da sentença, e não a do juízo da qual esta emana.

Por outro lado, de todo inimaginável, por todas as razões já expostas, exigir-se, como pretende o referido art. 2º - A, que os titulares da relação jurídica de direito material tenham domicílio, na data da propositura da demanda, no âmbito de competência territorial do órgão prolator da sentença para que sejam por ela abrangidos.

Tal dispositivo, acaso vigorasse, levaria ao absurdo de impor, por exemplo, a uma entidade associativa que propusesse nova demanda coletiva cada vez que novo associado a ela se vinculasse.

A norma em questão, em que pese pretender tutelar o princípio do juiz natural, para evitar que pessoas alheias aos seus quadros viessem a nele ingressar apenas para se beneficiar de decisão judicial favorável, ultrapassa qualquer limite do razoável.

Nesse sentido, observe-se que a decisão judicial proferida em ação coletiva proposta por entidade associativa para tutelar interesses individuais homogêneos não alcança apenas seus associados, mas todos os titulares do direito tutelado, ainda que não vinculados àquela entidade no momento da propositura da demanda.

Segundo Barbi (2001, pp. 288-289), que aduz comungar da opinião de Calmon de Passos, “a sentença concessiva atinge os que eram associados ou membros da entidade de classe à época da propositura da ação e os que se filiaram até o momento da sentença e os que o fizerem após o trânsito em julgado”. A mesma posição também é defendida por Capela (2002).

Já Paula (2002, p. 31) defende a extensão *erga omnes* das decisões proferidas em mandados de segurança coletivos apenas se impetrados por partidos políticos. Segundo o referido autor, não se mostra razoável limitar a extensão dos efeitos da decisão proferida nesses casos apenas aos membros do partido político impetrante, sob pena de se entender que este apenas teria legitimidade para defender interesses de seus filiados.

Dinamarco (2002, p. 688), ao tratar da legitimidade dos sindicatos e associações de classes para a impetração de mandado de segurança coletivo, de seu turno, defende que esta está sempre limitada à defesa dos membros da categoria, aí incluídos, também, os que não participam do seu quadro associativo.

4.3. Jurisprudência do STJ: tendência à extensão erga omnes e para além dos limites da competência do órgão prolator da decisão

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, vem reconhecendo a extensão *erga omnes* das decisões proferidas em mandado de segurança coletivo, mesmo para alcançar pessoas não filiadas à associação de classe impetrante no momento da impetração. São exemplos as ementas dos acórdãos a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUTORAS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. DECRETO-LEI 406/68.

- 1. As empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS Complementar ao adquirir mercadorias em operações interestaduais. (Precedentes da 1ª Seção)*
- 2. O mandado de segurança coletivo constitui inovação da Carta de 1988 (art. 5º, LXX) e representa um instrumento utilizável para a defesa do interesse coletivo da categoria integrante da entidade de classe, associativa ou do sindicato.*
- 3. Por ser indivisível, o interesse coletivo implica em que a coisa julgada no writ coletivo a todos aproveitam, sejam aos filiados à entidade associativa impetrante, sejam aos que integram a classe titular do direito coletivo.*
- 4. A empresa que visa beneficiar-se de direito concedido em mandado de segurança coletivo anteriormente impetrado por entidade de classe ou associação deve comprovar tão-somente que pertence ao grupo, à categoria ou à classe que se beneficiou do writ coletivo, e não que é associada à entidade que atuou no pólo ativo do mandamus.*
- 5. Agravo Regimental desprovido. (STJ, 2003a, p. 130, grifo nosso) PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EXTENSÃO DA DECISÃO.*

- 1. A decisão proferida em mandado de segurança coletivo, pela própria natureza da ação, estende-se a todos os associados de entidade que, em nome próprio, defendeu os interesses dos seus representados, sem limitação temporal.*
- 2. Acórdão recorrido que reflete o objetivo real do instituto. (STJ, 2003b, p. 197, grifo nosso).*

Entendia aquele Tribunal Superior, contudo, pela aplicabilidade da regra insculpida no art. 2º da Lei n.º 9.494/97. Nesse sentido, confira-se acórdão do Supremo Tribunal Federal que, sem apreciar a constitucionalidade da norma, reformou acórdão proferido pelo STJ, entendendo que a limitação territorial prevista na norma em comento não se aplicaria àquele Tribunal, que tem jurisdição nacional:

Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado por Sindicato em favor de seus sindicalizados.

Tendo o órgão prolator da sentença civil jurisdição nacional, como o Superior Tribunal de Justiça a tem, não se aplica a ele a exigência feita, na parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.494/97 com a redação que dada pela MP1798-2/99 e reedições posteriores, de que a inicial da ação coletiva deverá ser acompanhada da relação nominal dos associados-substituídos das entidades associativas substitutas processuais deles.

Recurso a que se dá provimento para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que, afastada a preliminar processual de deu margem à extinção do processo sem julgamento do mérito, continue a julgar o mandado de segurança em causa como entender de direito. (STF, 2002, p. 67, grifo nosso).

Dito entendimento, todavia, demonstra tendência a ser alterado, conforme notícia de julgamento recente, cujo acórdão ainda sequer foi publicado:

ABRANGÊNCIA. EFEITO ERGA OMNES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Trata-se de recurso interposto por instituto de defesa do consumidor nos autos de ação civil pública por danos provocados a interesses individuais homogêneos movida contra banco estadual, objetivando-se a condenação ao ressarcimento da diferença de rendimento apurada e creditada a menor nas cadernetas de poupança, em janeiro de 1989. Em síntese, o instituto insurge-se contra parte do acórdão que limitou os efeitos da sentença de procedência do pedido à competência do órgão prolator, beneficiando, no caso, apenas os correntistas residentes no Estado de São Paulo. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento e, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores que, no território nacional, encontram-se na situação por ele prevista. Entendeu a Min. Relatora que o comando do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública – mesmo com a alteração trazida pela Lei n. 9.494/97, limitando os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator – não se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas apenas, e, quando muito, às demandas instauradas em defesa de interesses difusos e coletivos. Isso por força do que dispõem os arts. 93 e 103, III, do CDC, que permanecem inalterados. Essa orientação mostra-se mais consetânea com o escopo da ação coletiva no sentido de evitar a proliferação de demandas desnecessárias, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. (STJ, 2007a, grifos do autor).

Referida decisão foi posteriormente retificada:

ABRANGÊNCIA. EFEITO ERGA OMNES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Em retificação à notícia do REsp 411.529-SP (ver Informativo n. 334), leia-se: A Turma retificou as decisões proferidas na sessão do dia 26/6/2007 - prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros, acompanhando o voto do Min. Ari

Pargendler, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Min. Carlos Alberto Menezes Direito; e do dia 4/10/2007 - prosseguindo no julgamento, verificou-se empate, o julgamento será renovado com a reinclusão em pauta. (STJ, 2007b, grifos do autor).

Inobstante a decisão supra referida, não se pode falar, ainda, em formação de jurisprudência. Isso não só em razão de o resultado do julgamento haver sido posteriormente retificado e incluído novamente o feito em pauta, como também por se tratar de decisão isolada e de apenas uma das Turmas responsáveis pelo julgamento da questão.

5. CONCLUSÃO: EFICÁCIA PERANTE TODOS OS SUBSTITUÍDOS

Um mesmo fato lesivo pode gerar demandas que visem a tutelar direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos ou, até mesmo, puramente individuais. As três primeiras categorias podem ser objeto de ações coletivas, dentre elas o mandado de segurança coletivo.

Inobstante a possibilidade da tutela coletiva, é certo que os direitos individuais homogêneos não são coletivos por sua própria natureza, eis que são ontologicamente divisíveis. São eivados à categoria de direitos coletivos, contudo, dada a homogeneidade com que se incluem na esfera jurídica dos diversos titulares, em decorrência das relações contemporâneas de massa. Trata-se, pois, de política legislativa.

Seja como for, não se pode olvidar que os direitos individuais homogêneos são, por determinação legal, coletivos e indivisíveis antes da sua liquidação e execução.

Exatamente em razão da apontada indivisibilidade, não se afigura razoável pretender sejam os efeitos da coisa julgada formada em razão de ação de mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos limitados seja aos filiados a partido político ou entidade de classe impetrante, seja ao âmbito de competência territorial do órgão jurisdicional prolator.

As normas legais que prevêm ditas limitações, conversão em lei de medidas provisórias, foram editadas em razão da conveniência do Poder Executivo Federal, que, à época, se encontrava às voltas com diversas decisões judiciais contrárias à política de privatização que então engendrava.

Por isso mesmo, ferem o princípio constitucional da razoabilidade, já que impõem restrição desnecessária à defesa de direitos coletivos. Prejudicam, ainda, o acesso à justiça e a economia e efetividade do processo.

Ademais, por não haverem alterado o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a competência do juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal para julgar ilícitos de âmbito regional ou nacional, e, portanto, deixa claro que a extensão subjetiva da coisa julgada se dá conforme a extensão do ilícito, mostra-se completamente inócua.

Assim, impende concluir que a sentença de procedência proferida em mandado de segurança coletivo impetrado para a tutela de direitos individuais homogêneos sujeita à autoridade da coisa julgada todos os titulares da relação jurídica de direito material. São inaplicáveis as restrições relativas aos limites territoriais de competência do órgão judicial de que emana, ou a exigência da qualidade de associado, na data da propositura da demanda, à entidade associativa autora.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas**: direitos humanos e garantismos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. vol. 1. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAPELA, Fábio Berganin. Mandado de segurança coletivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3037>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo. In: ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-721.

PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In: ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-37.

SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas & coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 435851-PE. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão unânime. Brasília, 06.05.03. DJ de 19.05.03, p. 130. Disponível a partir de: < <http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 14 jan. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Especial nº 253105-RJ. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Decisão unânime. Brasília, 17.10.02. DJ de 17.03.03, p. 197. Disponível a partir de: < <http://www.stj.gov.br/SCON/>>. Acesso em: 14 jan. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 411.529-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Decisão por maioria. Brasília, 04.10.07. Ainda não publicado. Disponível a partir de: < <http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 411.529-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Decisão por maioria. Brasília, 09.10.07. Ainda não publicado. Disponível a partir de: < <http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 16 out. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.566-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão unânime. Brasília, 19.02.02. DJ de 12.04.02, p. 67. Disponível a partir de: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 jan. 2004.

A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

Leonardo José Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE

Doutor em Direito pela PUC/SP

Professor do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco

Membro do IBDP

Procurador do Estado de Pernambuco

Advogado

Sumário: 1. Introdução. 2. O art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995 (a alienação por iniciativa particular nos Juizados Especiais Cíveis). 3. O art. 685-C do CPC (alienação por iniciativa particular nas execuções civis). 3.1. Requisitos objetivos e subjetivos. 3.2. Participação facultativa de corretor. 3.3. Procedimento e condições do negócio. 3.4. Autorização judicial da alienação e alterações supervenientes. 3.5. Termo de alienação. 3.6. Incidentes e efeitos da alienação por iniciativa particular. 4. Inaplicabilidade à execução fiscal. 5. Possibilidade nas execuções propostas por empresa pública ou sociedade de economia mista. Bibliografia.

Resumo: O texto examina a alienação por iniciativa particular nas execuções civis, tal como prevista no art. 685-C do CPC, discorrendo sobre seus requisitos objetivos e subjetivos, seu procedimento, incidentes e efeitos, além de investigar seu cabimento na execução fiscal e nas execuções propostas por empresas públicas e sociedades de economia mista.

1. INTRODUÇÃO

A partir das modificações levadas a cabo pela Lei nº 11.382/2006, penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação, que consiste na adjudicação, na alienação por iniciativa particular, na alienação por hasta pública ou no usufruto de bem móvel ou imóvel (CPC, art. 647).

Antes da Lei nº 11.382/2006, a expropriação de bens para satisfação da dívida era feita, prioritariamente, pela arrematação. Somente quando não houvesse arrematação, é que o exeqüente poderia adjudicar o bem penhorado.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, conferiu-se prioridade à adjudicação. Penhorado um bem do executado, já é possível ao exeqüente adjudicar o bem. Não havendo adjudicação, poderá, então, ser feita a alienação por iniciativa particular. Não realizada a alienação por iniciativa particular, aí, sim, é que se designa leilão ou praça para a venda do bem. Significa que a venda em hasta pública somente se realiza, caso não haja adjudicação do bem nem sua venda por iniciativa particular.

Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente poderá requerer sejam tais bens alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, tudo de conformidade com o disposto no novo art. 685-C do CPC.

Tais regras – que permitem a alienação por iniciativa particular – não encerram novidade no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, o art. 973 do Código de Processo Civil de 1939 já previa tal mecanismo, que foi eliminado com o advento do atual Código e, agora, revigorado pelo novo art. 685-C.

O art. 700 do atual CPC – revogado pela Lei nº 11.382/2006 – autorizava o juiz, ouvidas as partes e sem prejuízo da expedição dos editais, a “atribuir a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial da classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado”. Tal dispositivo não tratava, propriamente, de uma alienação por iniciativa particular, mas de uma venda pública com intermediação de corretor¹, que se revelava excepcional, aplicando-se, apenas, à venda de bens imóveis.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a alienação por iniciativa particular sempre foi possível, a teor do que dispõe o art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995.

Na verdade, o que fez a Lei nº 11.382/2006 foi *generalizar* a possibilidade da alienação por iniciativa particular, permitindo-a nas execuções em geral. Tal alienação está prevista no art. 685-C do CPC, cujas particularidades são examinadas no presente ensaio.

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Código de Processo Civil interpretado. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 1 ao art. 700, p. 1.983; LEONEL, Ricardo de Barros. Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 91.

2. O ART. 52, VII, DA LEI Nº 9.099/1995 (A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS)

Nos termos do art. 52, VII, da Lei nº 9.099/1995, é possível, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a alienação forçada de bens por iniciativa do próprio exeqüente, ou do executado, ou de terceira pessoa idônea.

Realmente, segundo se infere do aludido dispositivo, nas execuções processadas perante os Juizados Especiais Cíveis, o juiz poderá autorizar o executado, o exeqüente ou uma terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoa em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for imediato, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel.

A medida destina-se a agilizar a efetivação do processo de execução, eliminando os entraves e as dificuldades de uma alienação por hasta pública², podendo ser muito mais eficiente na busca da realização prática do princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620)³. Sendo possível a alienação por iniciativa particular, o juiz deve⁴ autorizá-la, ficando a cargo do exeqüente, do executado ou de uma terceira pessoa idônea. A única exigência é a de que a celebração do negócio seja concretizada em juízo⁵, até antes da data do leilão ou praça. Vale dizer que, realizado o leilão ou praça, já não é mais possível a alienação por iniciativa particular. Enquanto não realizado o leilão ou praça, o exeqüente, ou o executado, ou uma terceira pessoa idônea pode encetar, desde que previamente autorizado pelo

² REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Juizados especiais cíveis: comentários à lei 9.099, de 26/09/1995. Recife: Bagaço, 1996, p. 300. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Sérgio Torres. Processo de execução no âmbito dos juizados especiais cíveis. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 574.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 20.1.3, p. 184-185.

⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 386.

⁵ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Juizados especiais cíveis: comentários à lei 9.099, de 26/09/1995. Recife: Bagaço, 1996, p. 300. Assim também: TEIXEIRA, Sérgio Torres. Processo de execução no âmbito dos juizados especiais cíveis. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 574.

juiz, todos os atos pertinentes com o pretendo comprador, aperfeiçoando e ultimando o negócio em juízo.

Em princípio, o bem penhorado deve ser alienado pelo valor da avaliação. É possível, contudo, que a alienação se concretize por preço inferior ao da avaliação, desde que ouvidas previamente as partes e haja concordância. Não havendo concordância, caberá ao juiz decidir conforme as peculiaridades do caso, podendo autorizar a venda, caso não haja um desnível muito grande entre o valor da avaliação e o da alienação⁶.

3. O ART. 685-C DO CPC (ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR NAS EXECUÇÕES CIVIS)

O art. 700 do CPC – revogado pela Lei nº 11.382/2006 – permitia que o juiz atribuísse a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial da classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado. Tal dispositivo difere do atual art. 685-C, pois não tratava de uma alienação por iniciativa particular, mantendo-se a feição de venda pública. Enquanto aquela hipótese era excepcional e se restringia a imóveis, a atual forma de expropriação é considerada geral, devendo anteceder a alienação por hasta pública, que passou a ser residual. Ademais, a alienação por iniciativa particular de que trata o art. 685-C não se restringe a imóveis, podendo realizar-se tanto para a venda de um móvel como para a de um imóvel.

É bem verdade que a alienação por iniciativa particular pode ser realizada por um corretor designado pelo juiz. A possibilidade de nomeação de corretor para intermediar a alienação não desfigura, entretanto, a essência do meio executivo; o corretor exerce funções análogas às do porteiro e às do leiloeiro, que se somam aos deveres inerentes à sua atividade profissional⁷.

As regras pertinentes à alienação por iniciativa particular constam do já mencionado art. 685-C do CPC, destacando-se algumas para breves comentários.

⁶ “Desarrazoado e contrário aos princípios orientadores do próprio Juizado, é postergar a satisfação do crédito do exequente, em face de uma pequena ou insignificante diferença verificada.” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 386).

Segundo Alexandre Freitas Câmara, somente é possível a venda por preço inferior ao da avaliação, caso haja concordância de ambas as partes (Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 20.1.3, p. 184).

⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 731.

3.1. Requisitos objetivos e subjetivos

A alienação por iniciativa particular somente é cabível, se não tiver havido adjudicação do bem penhorado. Se o exeqüente ou qualquer um dos legitimados a que alude o § 2º do art. 685-A do CPC não requerer a adjudicação do bem penhorado, resta possível a alienação por iniciativa particular. Vale dizer que a *ausência de adjudicação* constitui o requisito objetivo para a alienação por iniciativa particular.

No momento previsto no parágrafo único do art. 685 do CPC, deve o exeqüente ser intimado para definir sobre os atos de expropriação de bens, deliberando se pretende adjudicar o bem penhorado ou se almeja seja levada a efeito a alienação por iniciativa particular ou a alienação por hasta pública⁸.

Contrariamente ao que dispunha o antigo art. 700 do CPC, que se referia apenas a bens imóveis, o art. 685-C permite a alienação particular de quaisquer bens penhorados, podendo ser utilizada na venda de imóveis ou móveis⁹. A assertiva tem a confirmá-la o § 2º do próprio art. 695-C, segundo o qual, formalizada a venda por termo nos autos, expede-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente.

Literalmente, o art. 685-C do CPC estabelece ser do exeqüente a eleição deste meio executivo, de sorte que não poderia o executado ou mesmo o juízo lhe impor sua adoção¹⁰. Muito embora a *letra* do dispositivo atribua apenas ao exeqüente a legitimidade para requerer a alienação por iniciativa particular, deve-se admitir, em respeito ao princípio da isonomia e ao princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620), que o executado também a requeira, devendo o juiz deferi-la, desde que não haja prejuízo para o exeqüente¹¹ ou desde que haja concordância deste último¹².

⁸ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 285, p. 730-731.

⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 92; ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 285, p. 730.

¹⁰ KNIJNIK, Danilo. A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 164, p. 246.

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3. São Paulo: RT, 2007, p. 156.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reformas do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 381.

Com efeito, a alienação por iniciativa particular pode ser requerida ao juiz pelo exeqüente ou pelo executado. Conquanto a lei confira apenas ao exeqüente a possibilidade de formular tal requerimento, impõe-se permitir que o executado também o faça, quando evidente a ausência de prejuízo ao exeqüente e demonstrada ser essa forma menos onerosa ao próprio executado.

Sabe-se que a expropriação realiza-se, segundo o art. 612 do CPC, em proveito do exeqüente. Também é sabido que a execução deve processar-se pela forma menos gravosa para o executado, a teor do art. 620 do CPC. Há, como se vê, uma colisão entre princípios na execução. O princípio da efetividade choca-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios fundamentam aquelas regras: de um lado, a execução deve satisfazer os interesses do exeqüente, sendo a mais efetiva possível (CPC, art. 612), desde que, por outro lado, seja adotado o meio menos gravoso para o executado, não afetando sua dignidade humana (CPC, art. 620)¹³.

A proporcionalidade, na execução, parece estar reproduzida no art. 620 do CPC, que contempla, por assim dizer, um princípio da adequação. Tal dispositivo representa a aplicação da proporcionalidade na execução¹⁴

O que se pretende deixar assentado é que, sem embargo de a *letra* do art. 685-C do CPC atribuir apenas ao exeqüente legitimidade para requerer a alienação por iniciativa particular, ao executado também se deve franquear tal legitimidade, se, no caso concreto, restar evidente ser essa a melhor forma de satisfação do crédito, atendendo, a um só tempo, os interesses do exeqüente (tornando *efetiva* a execução) e os interesses do executado (sobressaindo como meio *menos* oneroso). Em vista da proporcionalidade realizada no caso concreto, pode-se admitir que o executado requeira a alienação por iniciativa particular, desde que não se imponha ao exeqüente a tarefa de realizar tal alienação; caberá ao executado – por si ou por intermédio de corretor credenciado – realizar a venda particular.

Bem se poderia afirmar ser desnecessário ao executado requerer a alienação por iniciativa particular, bastando-lhe colocá-lo à venda, já que é o proprietário do bem. Impõe-se, contudo, ao executado obter a autorização

¹³ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 82-110.

¹⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. A base ética da execução por sub-rogação no processo civil brasileiro: os princípios da idoneidade do meio e da menor onerosidade. Execução no processo civil: novidades & tendências. SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (coords.). São Paulo: Método, 2005, p. 107.

judicial, para que não se considere ter a venda se operado em fraude à execução. Ademais, é possível que, feita a penhora, o bem seja subtraído da posse do executado, sendo entregue a depositário público ou particular (CPC, art. 666)¹⁵, dificultando, senão impedindo, a venda feita por iniciativa particular do executado.

A alienação por iniciativa particular pode ocorrer tanto antes como depois de iniciado o procedimento de venda por hasta pública¹⁶, desde que ainda não realizada a arrematação. Se já tiver sido efetivada a arrematação e assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, será, a partir daí, considerada perfeita, acabada e irretratável (CPC, art. 694), não podendo mais haver adjudicação, nem alienação por iniciativa particular. A alienação por iniciativa particular já não será possível, quando realizada a arrematação, mesmo que não se tenha ainda concretizado a assinatura do respectivo auto.

3.2. Participação facultativa de corretor

A regra que prevê a alienação por iniciativa particular permite que o juiz lance mão de intermediário, conhecedor do ramo, para mediar a realização do negócio, podendo o corretor, no exercício de seu mister, opinar sobre o preço, esclarecer o interessado sobre as formalidades de sua proposta, além de acompanhá-lo nas possíveis tratativas com as partes¹⁷.

Ao designar corretor para intermediar a alienação por iniciativa particular, o juiz deve fixar o valor de sua comissão, levando em conta os costumes do local e o valor do bem. O Código de Processo Civil não estabeleceu quanto deva ser a comissão de corretagem, nem qual o percentual a ser definido pelo juiz; caberá ao magistrado verificar as peculiaridades do caso concreto e, então, fixar o valor ou o percentual da comissão. É conveniente que o exequente ajuste com o corretor sua remuneração, submetendo tal acerto ao crivo do juiz¹⁸, somente sendo paga a comissão, se concretizada a venda;

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3. São Paulo: RT, 2007, p. 157.

¹⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a fase de expropriação na nova sistemática da execução civil. Execução civil e cumprimento da sentença. BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). São Paulo: Método, 2007, p. 91.

¹⁷ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 731.

¹⁸ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.

não efetivada a alienação, não deve o corretor perceber a comissão fixada pelo juiz¹⁹.

O art. 685-C do CPC alude à figura do “corretor”, que pode intermediar a venda de um móvel ou de um imóvel. Neste último caso, a intermediação deve ser feita por um corretor de imóveis, inscrito no respectivo órgão de classe (Lei nº 6.530/1978, art. 2º)²⁰. Tradicionalmente, o termo *corretor* é utilizado para designar o intermediário na venda de imóveis, sendo, nesse sentido, utilizado no revogado art. 700 do CPC. O legislador afastou-se, contudo, dessa utilização tradicional, de sorte que o corretor, na alienação por iniciativa particular, pode intermediar a venda do bem penhorado, independentemente de se tratar de um móvel ou imóvel²¹. Não é sem razão, aliás, que o § 2º do próprio art. 695-C, estabelece que, formalizada a venda por termo nos autos, expede-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente.

O corretor, nos termos do § 3º do art. 685-C, deve estar em exercício profissional por não menos de cinco anos, cabendo à parte indicar ou ao juiz designar um dentre os credenciados, na forma estabelecida em provimento editado pelo respectivo tribunal²². O credenciamento confere ao corretor a condição de auxiliar eventual da Justiça, a exemplo do que sucede com o perito²³. Não existindo credenciamento prévio, justamente por não haver ainda regulamentação específica, cabe ao juiz nomear corretores de sua confiança, respeitado o tempo mínimo da experiência profissional exigido²⁴. Nesse caso, basta o corretor prestar compromisso, tal como o perito²⁵.

A ausência de regulamentação pelo respectivo tribunal não impede, como se vê, a realização de tal meio expropriatório, exatamente porque o art. 685-C do CPC já tem plena eficácia, não se tratando de norma de eficácia contida ou dependente de regulamentação. A regulamentação tem finalidade

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reformas do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 387-388.

²⁰ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reformas do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 381.

²² A exigência de cadastramento prévio é objeto de críticas desferidas por Daniel Amorim Assumpção Neves (ob. cit., p. 382-383).

²³ LEONEL, Ricardo de Barros. Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007, n. 4.4, p. 92.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo regime da alienação de bens do executado. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 148, jun. 2007, p. 238.

²⁵ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.2, p. 732.

complementar, agregando ao referido dispositivo maiores detalhes a serem seguidos pelos juízes²⁶.

3.3. Procedimento e condições do negócio

A alienação por iniciativa particular tem início com o requerimento do exequente (ou do executado, conforme defendido no item 3.1. *supra*), finalizando-se com a expedição da carta de alienação.

Não obstante o silêncio da norma, a parte contrária deve ser intimada para pronunciar-se sobre o pedido de alienação por iniciativa particular, a fim de lhe assegurar o direito de participar do convencimento do juiz, em atendimento à garantia constitucional do contraditório²⁷.

Ao deferir o requerimento para que se realize a alienação por iniciativa particular, o juiz deve estabelecer os elementos do negócio, fixando o prazo para sua realização, além de estabelecer a forma de publicidade, o preço mínimo da alienação, as condições de pagamento, as garantias a serem prestadas e, se nomear corretor, a comissão de corretagem.

A alienação deverá ser feita com tais elementos, estabelecidos previamente pelo juiz. As peculiaridades do mercado e as vicissitudes de qualquer negociação podem impor, contudo, que a venda seja feita em desconformidade com o quanto estabelecido pelo juiz, desde que o juiz assim o permita em decisão posterior, contando com prévia concordância do exequente e do executado. É possível, com efeito, que a alienação somente se concretize após o prazo fixado pelo juiz, ou que as condições de pagamento tenham sido negociadas diferentemente do que fora estabelecido na decisão judicial, ou, ainda, que o valor da venda seja um pouco inferior àquele fixado pelo magistrado.

Em prol da efetividade, cumpre sejam flexibilizados os elementos estabelecidos previamente na decisão judicial, conferindo-se certa margem de negociação ao particular ou corretor incumbido da realização do negócio para, então, autorizar a alienação por iniciativa particular por preço inferior ao fixado pelo juiz, ou com condições de pagamento e garantias diferentes das que

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 191.

²⁷ KNIJNIK, Danilo. A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 165, p. 247.

foram estabelecidas ou, até mesmo, em prazo superior ao estipulado²⁸, desde que tanto o exeqüente como o executado concordem com tal flexibilização, chancelada por posterior decisão do juiz.

O § 1º do art. 685-C do CPC prevê que o juiz deve fixar o preço mínimo, reportando-se, no particular, ao art. 680 do mesmo diploma legal, cujo teor trata da avaliação do bem penhorado. Daí se pode inferir que o preço, na alienação por iniciativa particular, não deve, aparentemente, ser inferior ao da avaliação²⁹. Se, contudo, o executado concordar, poderá o bem ser alienado por valor inferior ao da avaliação³⁰, em virtude de vicissitudes do mercado, de variações econômicas, de desvalorização do bem penhorado ou de defasagem no valor da própria avaliação. Ao juiz se impõe, para evitar situações como essa, estabelecer a correção monetária do valor da avaliação, fixando o indexador a ser utilizado, quando da definição dos elementos do negócio³¹.

O que se percebe, em verdade, é que o art. 685-C do CPC não impõe, expressamente, obediência ao valor da avaliação, referindo-se, apenas, ao art. 680 do CPC, que autoriza o oficial de justiça a avaliar o bem e somente em casos excepcionais, quando necessário conhecimento específico, exige a presença de avaliador oficial. Aqui, o legislador não previu, expressamente, o valor da avaliação como o limite mínimo a ser observado, tal como o fez no caso de adjudicação, que, por inequívoca previsão do art. 685-A, estabelece ser lícito ao exeqüente, “oferecendo preço não inferior ao da avaliação”, requerer seja-lhe adjudicado o bem penhorado.

A referência ao art. 680 do CPC deve ser entendida como uma mera indicação, a nortear a fixação a ser feita pelo juiz, nada impedindo que o valor da alienação seja inferior ao da avaliação, se as exigências do mercado assim apontarem. A propósito, assim observa Daniel Amorim Assumpção Neves: “O juiz, portanto, para fixar o valor indicado pelo dispositivo legal

²⁸ KNIJNIK, Danilo. A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 165, p. 247-248.

²⁹ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007, n. 286.3, p. 733; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo regime da alienação de bens do executado. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 148, jun. 2007, p. 238.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3. São Paulo: RT, 2007, p. 157. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo regime da alienação de bens do executado. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 148, jun. 2007, nota de rodapé n. 9, p. 238.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 189.

ora comentado deverá levar em conta a avaliação, mas somente para ter uma base para a fixação do mínimo a ser alcançado pela alienação particular. Deve levar em conta, especialmente, o preço que o bem obteria numa futura hasta pública, podendo determinar um valor mínimo que não seja vil, mas que também não chegue ao da avaliação. Nesse caso, caberá ao juiz a aplicação da razoabilidade para, diante das circunstâncias do caso concreto, determinar o valor. No direito espanhol há interessante previsão pela qual o juiz pode fixar um mínimo de 50% do valor avaliado para os bens móveis e de 70% para os bens imóveis, demonstrando o legislador espanhol que se o ideal é a alienação pelo valor da avaliação, pior é realizar a hasta pública (art. 641.3, LEC). No direito brasileiro, como não há previsão semelhante, o juiz deverá razoavelmente fixar um valor que não seja insignificante e que, ao mesmo tempo, atraia interessados na compra³².

Tudo está a demonstrar que, em se tratando de alienação por iniciativa particular, alterações supervenientes ou exigências de mercado podem permitir a alteração das condições do negócio. No dizer que Danilo Knijnik, “nada impede que a parte interessada requeira a modificação da resolução autorizativa, seja quanto a prazo, seja preço e garantias”³³. Significa, em outras palavras, que, em princípio, a decisão está sujeita à preclusão, ressalvada a superveniência de fatos ou elementos novos que imponham a modificação das condições impostas pelo juiz.

3.4. Termo de alienação

Concluída a tratativa pessoal ou virtual (neste último caso, por meio eletrônico permitido pelo juiz ou disciplinado pelo tribunal respectivo), a alienação será firmada por termo nos autos, expedindo-se carta de alienação do *imóvel* para o devido registro imobiliário, ou, se o bem for *móvel*, mandado de entrega ao adquirente.

À carta de alienação aplicam-se, por analogia, as regras pertinentes à carta de adjudicação contidas no parágrafo único do art. 685-B do CPC, que prevê seus requisitos formais³⁴.

³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reformas do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 386-387.

³³ A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 167, p. 249.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reformas do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 388.

Vale dizer que alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente e pelo adquirente. Se o executado estiver presente, também deve assinar. Sua presença, contudo, não é necessária, podendo formalizar-se o negócio sem sua assinatura, visto tratar-se de medida executiva forçada ou de meio sub-rogatório, levado a efeito mesmo contra sua vontade.

Em se tratando de alienação de imóvel, a carta deve conter a sua descrição, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do termo de alienação e a prova de quitação do imposto de transmissão.

4. INAPLICABILIDADE À EXECUÇÃO FISCAL

A Lei nº 6.830/1980, em seu art. 23, estabelece que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo juiz. A pedido da Fazenda Pública e do executado, os bens podem ser leiloados ou prateados englobadamente ou em lotes indicados.

Como se vê, a venda de bens penhorados é, na execução fiscal, feita por leilão público. Diante da especificidade da regra contida no art. 23 da Lei nº 6.830/1980, não é possível haver outra forma de alienação, a não ser por hasta pública.

Isso está a demonstrar, portanto, que não se aplica à execução fiscal a alienação por iniciativa particular, que passou a ser possível na execução civil.

As regras contidas no art. 685-C do CPC – que permitem a alienação por iniciativa particular – *não* incidem na execução fiscal, exatamente porque o art. 23 da Lei nº 6.830/1980 estabelece que os bens penhorados devem ser alienados em hasta pública, não se permitindo, portanto, a alienação por iniciativa particular.

Ora, as regras do Código de Processo Civil somente se aplicam, *subsidiariamente*, à execução fiscal, ou seja, somente se aplicam caso não haja regra própria ou diante do silêncio da Lei nº 6.830/1980. Sendo certo que o art. 23 desta lei impõe a alienação por leilão público, não se permite, então, seja efetivada, na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular.

Além disso, parece incompatível com o regime jurídico da Administração Pública essa alienação por iniciativa particular. A falta de uma disciplina legal mais específica acarreta empecilhos à realização dessa alienação por iniciativa particular. Quem decidiria se deveria ser feita ou não a alienação particular? O administrador fazendário, o Chefe do Poder Executivo ou o procurador? E

que procurador? O Procurador-Geral, o Chefe do Setor de execuções fiscais ou o procurador que atua na causa? Quem realizaria essa venda? Seria criado um cargo para isso? Seriam aplicadas as regras da Lei de Licitações? Não há resposta a essas indagações, não havendo previsão legal para a alienação por iniciativa particular pela Fazenda Pública. A propósito, cumpre lembrar que, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública, diferentemente dos particulares, a quem se confere liberdade para fazer tudo aquilo que não lhes for proibido, só pode fazer o que lhe for permitido por expressa disposição legal. Ao Poder Público não se faculta tudo o que não está proibido, cumprindo-lhe fazer tão somente o que a lei prescreve.

Ante a ausência de maiores detalhes na atuação administrativa, não se viabiliza a alienação por iniciativa particular na execução fiscal. Falta, por assim dizer, suporte fáctico para a prática do ato pela Administração Pública.

De qualquer modo, é certo que o art. 23 da Lei nº 6.830/1980 exige que a venda de bens penhorados seja feita por leilão público, não se permitindo, portanto, seja realizada, na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular.

5. POSSIBILIDADE NAS EXECUÇÕES PROPOSTAS POR EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

As regras que permitem a alienação por iniciativa particular incidem na execução proposta por sociedade de economia mista ou por empresa pública. Embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, submetidas a esse regime (CF, art. 173, § 1º, II, § 2º), integram a Administração Pública indireta, sujeitando-se à obrigatoriedade do concurso público para contratação de pessoal e obrigando-se à realização de licitações para aquisição de bens e contratação de serviços.

Em princípio, poder-se-ia entender que se aplicaria a lei de licitações ou, simplesmente, que a alienação por iniciativa particular não poderia ser levada a efeito quando o exequente fosse uma sociedade de economia mista ou empresa pública.

Na verdade, se a sociedade de economia mista ou empresa pública, como exequente, *adjudica* o bem, deverá, aí, sim, quando for vender depois, sujeitar-se ao leilão previsto na Lei de Licitações. E isso porque o bem passou a integrar o seu patrimônio, somente podendo ser vendido em obediência às regras da

licitação. No caso da *alienação por iniciativa particular*, o bem *não* passou a integrar o patrimônio da sociedade de economia mista ou empresa pública, *não* havendo necessidade de serem adotadas as regras da licitação.

De todo modo, sobejaria a dúvida: poderia, mesmo, haver a alienação por iniciativa particular? Não haveria o risco de favorecimento a alguém que viesse comprar o bem?

Como se sabe, a licitação concretiza o *princípio da impessoalidade*. Como a alienação por iniciativa particular deve respeitar os critérios previamente fixados pelo juiz, *inclusive no que tange à forma de publicidade* (CPC, art. 685-C, § 1º), o princípio da impessoalidade está garantido. Além do mais, o princípio da efetividade afasta a aplicação de regras da licitação, que poderiam burocratizar a execução, fazendo ser preferível o leilão público. Como o próprio CPC prevê essa forma de expropriação, também está assegurado o princípio da legalidade.

Enfim, tudo está a demonstrar ser possível a alienação por iniciativa particular, na execução proposta por sociedade de economia mista ou empresa pública.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.
- _____. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. O novo regime da alienação de bens do executado. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 148, jun. 2007.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. A base ética da execução por sub-rogação no processo civil brasileiro: os princípios da idoneidade do meio e da menor onerosidade. *Execução no processo civil: novidades & tendências*. SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (coords.). São Paulo: Método, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

KNIJNIK, Danilo. *A nova execução de título títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a fase de expropriação na nova sistemática da execução civil. *Execução civil e cumprimento da sentença*. BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). São Paulo: Método, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à lei 9.099, de 26/09/1995*. Recife: Bagaço, 1996.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Processo de execução no âmbito dos juizados especiais cíveis. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil – 3*. São Paulo: RT, 2007.

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: “JUSTICIABILIDADE” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Leonio José Alves da Silva

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor

Colaborador de Direito Ambiental do PRODEMA – UFPE.

Ex-Professor Titular de Direito Civil da UEPB.

Doutor em Direito pela UFPE.

Sumário: 1 - Antecedentes da política urbana e exclusão social; 2 - Vinculação administrativa às políticas públicas; 3 - Limitação da discricionariedade administrativa, ruptura dos mitos da “reserva do possível” e do “governo do Judiciário” e o direito à moradia; 4 - Execução forçada do direito fundamental à moradia: a árida resistência ao combate da omissão administrativa; Referências Bibliográficas

Resumo: O histórico déficit habitacional brasileiro ilustra o debate ora proposto em torno do controle das políticas públicas voltadas às necessidades básicas do indivíduo, contemplando duas grandes vertentes: a legitimação do controle dos investimentos públicos com destinação social e a ruptura do tradicional conceito da discricionariedade administrativa diante dos direitos fundamentais. Em torno da análise de julgados do STJ e do STF e do apoio de recente doutrina constitucional e processual, objetivamos demonstrar a viabilidade da execução forçada das políticas públicas vinculadas ao direito à moradia.

1. ANTECEDENTES DA POLÍTICA URBANA E EXCLUSÃO SOCIAL.

Quais as razões que justificam a conduta omissiva do administrador quanto à oferta de moradia digna, realidade não apenas vislumbrada em nossa capital, mas em outros centros urbanos densamente habitados e que de maneira muito lenta sofre reduções? A atual Constituição Federal consti-

tuiria mecanismo suficiente para o Poder Público Municipal efetivar a política urbanística e o combate à exclusão social, independente dos Planos Diretores municipais e do próprio Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)?

Demonstrar diretamente aos Tribunais locais e nacionais a possibilidade imediata de efetivação dos comandos constitucionais inseridos na temática do uso do solo urbano e suscitar o levantamento de uma questão aparentemente acomodada na doutrina e jurisprudência nacionais constitui tarefa inadiável no combate à exclusão social. Por muito tempo, sustentou-se, na doutrina pátria, a impossibilidade de exigência coercitiva das obrigações de fazer (que servem de base para os direitos prestacionais ou direitos de garantia imediata) se não atendido o limite da razoabilidade em função do qual o administrador público teria sua defesa atrelada; ou seja, até quando poderia a Administração afirmar inexistir obrigatoriedade de executar obras públicas destinadas a satisfazer necessidades vitais para os habitantes de uma cidade?

Justamente em torno desta pergunta, surge o debate ora proposto: sendo o direito à moradia garantia fundamental para a dignidade humana, capitulado como direito social pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, qual o exato limite para efetivarmos a Constituição Federal de 1988 e condenarmos a Fazenda Pública¹ a executar programas de moradia popular para as pessoas alijadas de tal garantia?

Adverte a doutrina pátria para a análise da razoabilidade como fator decisivo nas lides onde haja pedido de condenação em obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, mas quais os exatos limites da razoabilidade como princípio na promoção dos direitos sociais² (neste caso prestacionais por excelência)?

¹ Sabemos da dificuldade de implementar a mudança de posicionamento na jurisprudência pátria quando o assunto abordado é a execução forçada das garantias mínimas da pessoa, incluindo-se o direito à moradia e outros direitos prestacionais; contudo, discordamos de uma absoluta e hermética divisão entre as atribuições reservadas aos poderes constituídos na República brasileira, uma vez que a omissão do Estado administrador deve ser combatida ou mesmo corrigida: “Cumpra aos Poderes constituídos a tarefa de concretizar, ou seja, desenvolver e efetivar ou tornar realidade, os comandos constitucionais. Inexiste Constituição destituída da pretensão de efetivar-se e, por força do princípio da supremacia da Constituição, os Poderes constituídos encontram-se, desde logo, comprometidos com a concretização das normas constitucionais. ... Os limites do controle judicial dependem em verdade da solução da “questão interpretativa”, o que não se obtém mediante abdicação do controle. “MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível na internet: <http://www.cjf.gov.br>. [22/10/2002].

² Coerente é o argumento de que a postulação contra o Estado na efetivação das prestações de caráter social deve ser pautada na razoabilidade e verificar determinados limites; entretanto, quando tratamos de interesses coletivos de natureza mínima, como é o caso do direito social à moradia,

Temos ciência da impossibilidade jurídica do pedido no tocante à exigências sem fundamentos quanto às obrigações sociais devidas pelo Estado e os efeitos negativos de uma decisão judicial não refletida; entretanto, inadmissível a interpretação desprovida de qualquer fim social do direito que não permitisse a condenação estatal em cumprir ou determinar metas imediatas para o adimplemento prático de dever consignado expressamente no texto constitucional e fundamentalmente na realidade jurisprudencial conservadora no Brasil.

Discordamos da impossibilidade jurídica do pedido em determinar ao Estado brasileiro a construção de estabelecimento de ensino ou creche em determinada localidade brasileira completamente desprovida daquele serviço fundamental ao desenvolvimento humano, pois representa verdadeira teratologia jurídica aceitar, com absoluto rigor e sem limitação, a tese do poder discricionário diante dos direitos fundamentais, pois, em sede de direitos fundamentais corporificados como prestações devidas pelo Estado

podemos admitir a aplicação da razoabilidade ou da tese da reserva do possível como barreiras à execução dos direitos mínimo do cidadão? Cediço é o fato de que a jurisprudência alemã, debatendo situação onde era cobrada a prestação social referente à educação aplicou, pela primeira vez, a idéia da razoabilidade daquilo que se postula contra o Estado. No Brasil, muitas vezes esquecemos de ressaltar grande diferença entre a realidade social européia e a nossa, quando são levantadas similitudes para aplicação das mesmas teses constitucionais lá presentes e aqui inaplicáveis em muitos casos. Contudo, não se levou em conta a discrepância entre a realidade nacional e estrangeira no momento de proceder à comparação destes ordenamentos. Ao nosso modo de entender a razoabilidade invocada como precedente na doutrina e jurisprudência alemãs, aplicar-se-ia apenas em situações onde não se estivesse pleiteando garantias fundamentais, ou seja, se é proposta ação coletiva cobrando a execução de programas de moradia popular não tem o Estado brasileiro condições de alegar em sua defesa que a consecução daquele direito prestacional estaria condicionada à existência de recursos próprios naquele momento. A moradia constitui no cenário jurídico nacional um direito subjetivo e como tal pode ser cobrado diretamente ao destinatário da norma, qual seja: o próprio Estado. Com efeito, a tese da razoabilidade admitida na realidade alemã deve ser adaptada com muitas ressalvas para a prática brasileira. Preocupantes, falaciosas e daltônicas as teses que enxergam a atuação do Poder Judiciário, contra a Fazenda Pública, objetivando a concretização de direitos fundamentais, como super-poder. Os autores olvidam da realidade social brasileira, quando a conhecem, e desprezam o dado de ainda estarmos lutando contra um grau de miserabilidade extrema em algumas cidades, contrastando com o luxo desmedido de alguns setores da administração pública, onde cada vez mais é necessária a intervenção no controle dos gastos públicos e na execução forçada dos direitos fundamentais, como a moradia: “A supremacia dos Tribunais Constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual dispõem pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php.p.20>. [15/09/2005].

não há como se sustentar a validade da razoabilidade³ como escusa para o cumprimento do preceito básico condicionado ao talante do poder discricionário do administrador, cabendo à implementação forçada de políticas sociais quando não ofertadas naturalmente pelo administrador e não a apologia de um super-poder como argumenta a doutrina contrária ao ativismo judiciário.⁴

³ Apenas aceitamos a tese da razoabilidade alemã ou reserva do possível em sede de prestações que não vinculem diretamente o Estado e que escoem para a impossibilidade jurídica do pedido por falta de previsão constitucional o que acarretaria a não omissão do Estado, pois, em caso contrário, sempre haverá comportamento omissivo do administrador ao negar validade a um direito social presente na Constituição; no ordenamento constitucional brasileiro concebemos que a Constituição Federal de 1988 elaborou regras em gradação de efetividade, trabalhando como normas expressas e não expressas quanto à sua aplicabilidade, não se podendo perder de vista que determinados direitos sociais recentemente regulamentados por normas ordinárias (v.g. o direito subjetivo à educação expressado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) e o direito subjetivo à moradia expressado no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), antes mesmo de sua expressa regulamentação, não dependiam da existência de normas de menor expressão do que a própria Constituição Federal para a sua concretização, como admite parte da doutrina brasileira. O condicionamento proposto na mera e acomodada interpretação semântica da Carta Política vigente, responsável pela situação jurídica que denominamos de supervalorização do ordenamento infraconstitucional” em detrimento da própria Constituição. A razoabilidade, relembremos, apenas pode constituir óbice à efetividade de uma prestação não prevista na Constituição Federal, ainda que genericamente: “Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação destes direitos. ... É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.260-261.

⁴ A atuação do Poder Judiciário não é concebida, nesta tese, como a autorização implícita de substituição de atribuições entre os poderes constituídos, mas, tão somente, como complemento ou mesmo implemento das tarefas mínimas exigíveis do Poder Público. Neste sentido concebemos a atividade judicante como instrumento de combate à omissão administrativa ou mesmo péssima distribuição dos recursos públicos, e não como um poder exacerbado ou hierarquizado em relação aos demais: “Juridification is na ambiguous concept with regard to both is descriptive and normative content. In descriptive terms some see juridification as the proliferation of law or as the tendency towards na increase in formal (or positive, written) law; others as the monopolization of the legal field by legal professionals, the constuction of judicial power, the expansion of judicial power and some quite generally link juridification to the spread of rule guided action or the expectation of lawfull conduct, in any setting, private or public. (...) A different conception is that of juridification as the process by wich an activity becomes subjected to legal regulation or more detailed legal regulation. We will make a distinction between two aspects os juridification B, law’s horizontal and

2. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Defendemos expressamente a vinculação do administrador aos preceitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988; não há direito fundamental que o Estado possa eximir-se da defesa ou fomento, implicando tal relação jurídica restrita obediência ao que nos passamos a designar por “vinculação à prioridade orçamentária” significando nada mais do que a possibilidade de ser cobrado do Estado a adoção de uma política de prioridades para a execução das metas então existentes, pois, ao nosso modo de sentir, a Constituição Federal não criou normas desprovidas de efetividade e não endereçadas a sujeitos determinados, ainda quando das hipóteses de uma vinculação coletiva (v.g. art. 225, *caput* da Constituição Federal de 1988).

Não se pode mais aceitar pacificamente a tese de que uma Constituição contemple normas absolutamente vazias e imprestáveis à consolidação das garantias mínimas do ser humano, dentre as quais incluso está o direito à moradia como um dos lastros da qualidade de vida que não se resume tão somente no fato da oferta de moradia, mas no oferecimento de moradia

vertical expansion (B1), and law's horizontal and vertical differentiation (B2). Law's expansion is the core element in juridification as defined above, when law conquers fertile ground so to speak. (...) Examples of law's expansion may be cases where law is applied in new areas; family law, labour law, environmental law, laws regulating intimacy, and so on. Law's expansion should also include instances where an activity that is not legally regulated within a legally regulated area becomes regulated.” MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. What is juridification? Disponível na internet: <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05>. p. 2-14. [16/09/2005].

Ainda se faz necessária a interferência do Poder Judiciário como sistema de frenagem aos desvios de finalidade praticados pelos demais poderes constituídos no sistema republicano brasileiro, incentivando uma postura educativa de acesso à jurisdição e conscientização contínua da necessidade de melhoria dos serviços públicos, inclusive a prestação jurisdicional. O acesso à justiça cada vez mais confirma a necessidade de questionamento das decisões administrativas, permitindo-se ao julgador, olvida a sociedade, representada pelo fiscal da Lei, coercitivamente ser um agente na transformação social: “Além deste objetivo de fomentar a paz social, outra tarefa em que o exercício da jurisdição deve estar engajado junto à comunidade é a de pedagogia social: educar os membros da sociedade de seus direitos e deveres. Esta luta educativa assume várias feições, desde a necessária informação às camadas menos favorecidas de como postular em juízo na defesa de seus direitos até o fortalecimento da confiança da população na solução judicial dos conflitos, evitando a denominada litigiosidade contida, a negação do Judiciário, através da renúncia quase total ao direito, abstendo-se o indivíduo de litigar por desacreditar na via judicial com instrumento apto a dirimir controvérsias. Destaca Cândido Dinamarco que a educação da sociedade é um objetivo instrumental do processo, desejoso de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo, ou seja, conscientizá-la de seus direitos.” CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. Disponível na internet: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao006/antonio_cabral.htm. p.9. [16/09/2005].

condigna com as necessidades vitais, dado simplesmente desprezado na realidade brasileira em muitas capitais.

A qualidade de vida com o patrocínio do direito à moradia é tarefa inarredável do Poder Público, em virtude de dois preceitos básicos: a) a vinculação do Administrador Público às diretrizes constitucionais, sendo descabida a alegação de dependência absoluta da própria Constituição Federal às normas ordinárias, sob pena de revertermos a axiologia do ordenamento jurídico e b) a imposição dos direitos fundamentais como prestações transindividuais ou metaindividuais por excelência, vinculadas à obrigatoriedade do Estado em administrar corretamente os recursos públicos, diante da inadmissibilidade de ter o cidadão apenas o dever de contribuir com altíssima carga tributária e nada poder exigir do Estado enquanto destinatário maior da norma constitucional.

Destarte, concebemos a efetividade dos direitos prestacionais apenas à correta gestão dos recursos públicos que, uma vez não atendida, deverá ser corrigida pelo Poder Judiciário, pois não mais é sustentável uma tripartição de competências inviabilizando o controle dos atos administrativos pelo Judiciário, inclusive a omissão do Administrador Público.⁵

A omissão estatal deve ser combatida e a sobreposição das normas ordinárias em relação à Constituição Federal é um obstáculo temível para a efetivação das garantias mínimas do indivíduo; assim, algumas prestações sociais em torno da qualidade de vida no Brasil devem ser priorizadas ainda que na esfera das ações coletivas notadamente a Ação Civil Pública em matéria urbanística.

Razoabilidade, ao nosso ver, não pode ser precedente de abuso e tampouco o conceito de discricionariedade pode reforçar desmandos e omissões dentro

⁵ Modernamente a qualidade de vida não está mais restrita à satisfação dos interesses individuais previstos em outras épocas; hoje, não se pode falar em satisfação pessoal, mas em atendimento às necessidades coletivas ou transindividuais. O modelo de Estado hodierno passa pelo cumprimento de uma demanda coletiva: “Em primeiro lugar, deve-se ter presente que qualidade de vida, contemporaneamente, não implica o simples afastar os perigos provocados pelo próprio homem/inimigo, pela natureza ou pelos deuses. Em uma visão simplista da vida como rotina, ter qualidade significava apenas estar em condições de desfrutar desta rotina sem percalços. A transformação da sociedade, em especial pela transformação das relações de produção impostas pelo desenvolvimento tecnológico, com a introdução da máquina e de uma nova lógica de organização do tempo, impôs um alargamento deste conceito, incorporando, posteriormente, os benefícios da vida urbana.(...) o conceito de qualidade de vida está aproximado da construção dos interesses transindividuais na medida em que refere um caráter compartilhado dos benefícios e prejuízos, bem como dos compromissos.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.182-185.

da administração brasileira; deve representar, quando muito, a limitação dos pedidos coletivos e concomitantes em desfavor do Estado para a consecução de obras públicas e sua conseqüente resposta em escala de prioridades para tais realizações.

Ao nosso modo de sentir, não fere a razoabilidade, em sede de condenação contra a Fazenda Pública, o fato de ser proposta ação exigindo a construção de escola para o ensino fundamental ou a criação de uma creche em função do ordenamento jurídico nacional afirmar que a educação constitui direito subjetivo, assim como a saúde e outras garantias mínimas. Destarte, não se justificaria a atitude da Administração Pública em alegar que a execução de obras públicas (v.g. programas de moradia popular, construção de hospitais, passarelas para pedestres, obras de saneamento básico, etc.) dependa única e exclusivamente dos juízos de conveniência e oportunidade do administrador local e que tal execução será procedida apenas quando a Administração Pública entender necessário, ainda que se trate de atitude emergencial, pois discricionariedade administrativa não pode ser confundida com omissão.⁶

3. LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, RUP- TURA DOS MITOS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E DO “GOVERNO DO JUDICIÁRIO” E O DIREITO À MORADIA.

Ao admitirmos o império irrestrito da discricionariedade no Poder Público, certamente confirmaremos a possibilidade de negação constante de garantias fundamentais do ser humano, situação que nos leva a elaborar a seguinte indagação:

⁶ Ainda lutamos no Brasil para derrubar o mito da discricionariedade administrativa no tocante à execução de políticas públicas e, por tal razão, persistem falaciosos argumentos contrários à efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, lentamente, é construída em nosso País uma doutrina combatendo a omissão administrativa e reduzindo o campo criminoso de atuação da discricionariedade: “Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Ademais, a Constituição prevê em seu art.5º, XXXV, peremptoriamente que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cónscios de uma impossibilidade a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-72.

a discricionariedade, no âmbito da Administração pública, em suas diferentes esferas, pode impedir a concretização de determinados direitos mínimos

Não olvidemos que, quando o Ministério Público, por exemplo, propõe Ação Civil Pública para cobrar o cumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal de 1988 em benefício de determinada comunidade (v.g. a construção de moradias populares ou mesmo a instalação de uma creche), está respaldado integralmente na possibilidade e razoabilidade conferidas pela própria Carta Política de 1988.

Em algumas cidades brasileiras, onde não é respeitado o comando da vinculação à dotação orçamentária, a despeito da legislação inerente à improbidade administrativa e responsabilidade fiscal, só nos resta recorrer à extrema-tática do seqüestro das receitas públicas para a efetivação da dignidade humana executando obras de saneamento e habitação para população de baixa renda, realidade pouco estudada em nosso País.⁷

A respeito do conteúdo da programaticidade constitucional e da discricionariedade na efetividade dos direitos fundamentais e sociais, na realidade brasileira, trazemos à baila dois exemplos de raciocínio jurisprudencial, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes à LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/1996) e à obrigatoriedade de oferta do direito à moradia, dos quais discordamos completa e veementemente:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

⁷ Em entrevista concedida em 30 de julho de 2004 ao jornalista Roberto D'Ávila, o Professor da Universidade de Havard e sociólogo Roberto Mangabeira Unger é incisivo ao defender, com muita acuidade de raciocínio, a tática do seqüestro de receitas, por parte do Poder Judiciário, nas cidades brasileiras onde o Administrador Público não cumpra as finalidades previstas na Constituição Federal, sem o prejuízo das sanções cíveis e criminais existentes em nossa legislação administrativa. Certamente, a promoção do direito social à moradia, na realidade recifense, tem experimentado alguma reação; contudo, não desejamos sua restrição a uma ou outra gestão pública e sim à Administração como um todo, primando pela impessoalidade, transparência e continuidade das políticas urbanas. Assim, instado o Poder Judiciário a defender a implementação de políticas sociais sua ação terá amplo respaldo nos comandos constitucionais como defenderemos adiante.

I – O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do estatuto da criança e do adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II – A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos e para o judiciário atualização constitucional.

Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III – Recurso Especial não conhecido. decisão recorrida mantida. Recurso Especial nº 63.128-GO. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Decisão em 11/03/1996. Publicada no Diário da Justiça de 20/05/1996.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

I - O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

II - Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

III – Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos

habitacionais etc). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

IV – As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

V – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

VI – As atividades de realizações dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

VII – Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 169876-SP. RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO. DECISÃO EM 16/06/1998. PUBLICADA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 21/09/1998.

Quanto ao primeiro aresto, debatendo postulação advinda do Estado de Goiás, por iniciativa do Ministério Público Estadual, se antes não tínhamos a tão esperada e despicienda norma ordinária, (LDB) infinitamente inferior à Constituição Federal, atualmente, não mais entendemos qual a limitação que deve perdurar para a condenação específica do administrador brasileiro ao cumprimento das garantias mínimas fundamentais à existência digna do ser humano, inerentes à oferta do direito à educação e suas variáveis contidas na teoria da proteção integral, nos moldes do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei n. 8.069/1990.

Hoje, em virtude da tão exigida e morosa regulamentação do direito social à educação, expressa e inequivocamente concebido como direito subjetivo e passível, portanto, de imediata e objetiva cobrança da coletividade contra o Estado (art. 5º da Lei nº 9.394/1996), não pode o Poder Judiciário nacional encontrar nenhum respaldo para indeferir postulações difusas que objetivem

a concretização de um direito coletivo como este; nada mais razoável⁸ a cobrar da Administração Pública do que a oferta de um direito consignado na categoria subjetiva ou personalíssima.

Quanto ao segundo acórdão, destinado a dissolver questionamento gerado no Estado de São Paulo, pertinente à execução de programas de moradia popular, não assiste ao Julgador brasileiro, seja na esfera monocrática ou colegiada, o direito de negar direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa em virtude de uma evasiva infundada barreira de atribuições, na qual as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo seriam absolutamente independentes e estanques; ou seja, pela óptica dos julgados acima citados, se os Administradores Públicos Federais, Estaduais ou municipais jamais decidirem pela construção de um hospital público ou mesmo creche, ou ainda posto de saúde ou escola de ensino fundamental ou médio, alegando sua absoluta e inquestionável discricionariedade e desejar unilateralmente, sem a oitiva da população para que possa manifestar suas necessidades, de modo a facilitar o apontamento de prioridades, investir totalmente os recursos públicos em eventos festivos supérfluos ou mesmo na construção irônica de um monumento à “memória” de determinado membro de sua família, nada poderia ser feito a título de controle judicial dos atos administrativos ou muito menos admitiríamos, se assim pensássemos, a impossibilidade do controle e participação popular nos orçamentos públicos.⁹

⁸ Não queremos com o presente artigo afirmar categoricamente que o Poder Judiciário tem a função de esvaziar as atribuições do Legislativo e Executivo; contudo, reversamente, opinamos que o controle das omissões do legislador e do administrador pelo Poder Judiciário constitui tarefa inafastável, em virtude da necessidade de um controle externo e preventivo muitas vezes. As decisões judiciais condenando a Fazenda Pública a realizar determinada obra prevista na legislação de forma expressa ou não consistem meramente no controle externo de prioridades que inexiste no orçamento brasileiro e não poderíamos jamais admitir que com tamanha miséria em nosso País possa o Executivo alocar recursos orçamentários para situações supérfluas em detrimento das emergências. Esta é a nossa tese em torno dos direitos mínimos da personalidade, dentre os quais inserimos o direito à moradia que não pode aguardar os humores semânticos em torno da interpretação constitucional. Não pode perdurar este quadro de inércia do administrador nacional em função de interpretações que jamais atenderam aos fins sociais do direito; atendem, antes de mais nada, à inadmissível idéia de que a discricionariedade governa absoluta em matéria de garantias fundamentais cumpridas pelo Estado. A reserva do possível, como prevista na doutrina européia servindo de limitação estatal, deve ser vista com muita cautela na realidade brasileira, uma vez que não podemos aplicar indistintamente doutrinas muito distantes de nosso cotidiano sem ao menos analisar sua compatibilidade. O Estado brasileiro não possui como defesa contra o cumprimento forçado das necessidades humanas básicas, o argumento da reserva do possível como visto na Alemanha. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.p.42.

⁹ Hodiernamente a possibilidade de questionamento dos investimentos públicos é uma conquista

Ora, nada mais falacioso, em matéria de direito, do que o mito da limitação e independência dos poderes constituídos para o efetivo controle; logo, ao Poder Judiciário compete repelir os abusos da Administração Pública tanto nas condutas comissivas quanto nas omissivas, notadamente em defesa do princípio da moralidade administrativa e da consecução das garantias fundamentais, independentemente da limitação impostas por normas ordinárias de redação duvidosa.¹⁰

gradativa que deve ser aperfeiçoada na realidade brasileira, como instrumento democrático destinado a afastar o velho conceito de administração pública e discricionariedade: “A discricionariedade, entendida como área imune à sindicabilidade judicial, não mais comporta essa concepção, segundo a qual “onde exista poder discricionário, nenhum controle do juiz é possível, ou sequer conceitual.” Esta definição negativa de discricionariedade somente se enquadra no perfil no “direito por regras”, cujo contexto se reduzia ao princípio da legalidade administrativa, entendido como a conformidade dos atos administrativos com as regras de direito, tidas como o único referencial da Administração Pública, absolutamente alheia a quaisquer outros vetores axiológicos. A concepção clássica de discricionariedade – traduzível na impossibilidade de controle judicial, concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade – “direito por regras”, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”, o que implica também a redefinição de categorias afins, como o mérito do ato administrativo.” MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p.35-36.

Cada vez mais frágil resta a idéia de que a fiscalização dos gastos públicos ou mesmo imposição positiva de agir executando determinado serviço ou obra pública, feriria gravemente a harmonia e independência dos poderes constituídos. Não mais se sustenta na realidade nacional tais assertivas, sob pena de conferirmos ao administrador um aval ilimitado para agir sem prestar contas com a moralidade administrativa ou mesmo o interesse social. A participação popular é instrumento indispensável na consolidação democrática, assim como a correção às distorções perpetradas quanto ao orçamento público.: “Inútil será a ação governamental, por mais bem intencionadas que seja, se não encontrar resposta positiva por parte dos habitantes da cidade. (...) Apresenta-se, ainda, de suma importância a participação popular nos processos de decisão, mormente no que diz respeito à eleição das prioridades, ao planejamento das políticas públicas e acompanhamento de sua execução. Nos procedimentos autoritários de decisão, verifica-se que nem sempre os investimentos realizados são os desejados pelas comunidades beneficiárias e as soluções caras são as mais eficazes. A primeira condição para o aprimoramento da ação governamental consiste em permeá-la de participação popular, com abertura de espaço para que os cidadãos, diretamente, ou por meio das entidades da sociedade civil organizada, como entidades religiosas, associações comunitárias, representações de bairros, sindicatos, entidades profissionais, etc, como expressão imediata de sua vontade, sem prejuízo da representação política, possam participar do processo de sua construção. Juntamente com a participação popular nos processos de tomada de decisões, deve ser promovida, tanto quanto possível, a desconcentração administrativa, mediante a qual as ações ligadas às necessidades imediatas dos cidadãos tenham sua execução transferida para órgãos menores, como órgãos distritais, regionais ou de bairros, desvinculados das amarras burocráticas do governo central.” OLIVEIRA, Adilson José de. O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades. Interesse público. a.6, n.30, p.214 -215.

¹⁰ Ainda sofre resistência a postura de controle jurisdicional da atividade administrativa no Brasil; provavelmente a falta de debates constantes sobre os contornos da discricionariedade tenha con-

Recentemente, em posicionamentos favoráveis à tese da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal confirmaram a política de prestação de serviços na área da saúde e nos direitos da criança e do adolescente, condenando o Estado em obrigação de fazer (tutela específica) ao reconhecer a omissão do administrador.

Na área do direito fundamental à saúde, colhemos a notícia do STJ:

Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna, afirmou o ministro João Otávio Noronha, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o mandado de segurança em favor da menor PSLR, da cidade de Juiz de Fora /MG. PS, 5 anos, é portadora de mielomeningocele infantil, doença que causa má formação do tubo neural. PS sofre de paraplegia dos membros inferiores, comprometimento de sensibilidade, bexiga com capacidade diminuída, incontinência fecal, entre outros males. A enfermidade apresentada pela criança exige constante monitoramento, além da utilização de um aparelho chamado RGO – Reciprocating Gait Orthoosis, produzido com exclusividade pelo Memorial Children's Hospital, localizado em Chicago/EUA. Em 1999, por meio da promoção de campanhas, ajuda humanitária e recursos próprios, PS conseguiu realizar exames no hospital norte-americano, onde um aparelho RGO foi confeccionado especialmente para ela. De lá para cá, a criança cresceu e a órtese do RGO já não está

tribuído para o lento desenvolvimento desta problemática, mas, paulatinamente, tal visão tem sido abrandada e atualizada: “Hoje em dia não mais se discute a possibilidade reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus-administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como aqueles que atribuem discricionariedade. (...) O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle”. MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. p.100-101.

no tamanho adequado, deixando de atender as necessidades de tratamento e reabilitação da paciente. Diante da impossibilidade de custear nova viagem aos EUA, o pai de PS, o técnico em prótese dentária, João Carlos Reis, solicitou ao Ministério da Saúde ajuda e custeio do tratamento, ou seja, do aparelho, uma vez que, de acordo com o desenvolvimento da criança, tem-se que fazer as adaptações necessárias. Todavia, o ministério negou o pedido, informando que a Portaria GM/MS nº 763, de abril de 1994, proíbe que o órgão financie atendimentos médicos fora do País. Um segundo ofício do Ministério da Saúde complementou a resposta, recomendando que a criança fosse atendida pela Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, a fim de verificar a possibilidade de haver um substituto do aparelho no Brasil. A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, após avaliar PS, concluiu que a órtese realmente já estava pequena. Entretanto, informou que a oficina ortopédica do hospital não confeccionava aparelho semelhante. João Reis, representando a filha, recorreu ao STJ. No Mandado de Segurança, argumentou que a Portaria Ministerial vai de encontro ao entendimento da obrigação legal do Ministério da Saúde de, em nome do Estado, oferecer proteção à vida e à saúde do cidadão. Que seja concedida a segurança para o fim de reconhecer a ineficácia da Portaria nº 763 e, em consequência, determinar ao Senhor Ministro de Estado da Saúde que forneça à criança, num prazo de 10 dias, o tratamento de reabilitação que venha a necessitar”.¹¹

Também na temática dos direitos da criança e do adolescente, registram-se os seguintes arestos do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. NOVA VISÃO. I – Na atualidade, o império da Lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

¹¹ Extrato retirado das notícias do STJ. Disponível na internet: <http://www.stj.gov.br>. [11/03/2003].

II – Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

III – A tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

IV – Recurso Especial provido.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 493811/SP. RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON. TURMA: 2ª. DECISÃO: 11/11/2003. DJ: 15/03/2004.

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação Civil Pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista (sic) a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito Constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o

desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” (...) Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do sistema único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”

3. Violação de lei federal.

4. Revela notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob penas de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados, em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o País. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos

direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um País cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas no mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de Direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso Especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 577836/SC. RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. TURMA: 1ª. DECISÃO: 21/10/2004. DJ: 28/02/2005.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, analisando uma ADPF, assim se pronunciou:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONOMICOS E CULTURAIS. CARATER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLAUSULA DA RESERVA DO POSSIVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NUCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MINIMO

EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Decisão: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à (sic) Erradicação da Pobreza.”

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o §2º do art. 59 da Lei n. 10.777/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando

a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.777/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: (...)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – atribuição de formular e de im-

plementar políticas públicas (...) pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a

todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha”, p.22-23,2002, Fabris): (...) “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF. N. 45MC/DF. RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO. DJ: 04/05/2004.

A omissão ainda é vasto campo a ensejar reparações mais que muito pouco tem sido debatida em sede da tutela coletiva objetivando compensar o chamado “dano social” ou “dano à coletividade” e o Poder Judiciário assume perfunctoriamente o dever de reprimir os desmandos praticados no Poder Executivo; de idêntica forma conferiu-se, no ordenamento nacional a possibilidade do Judiciário apreciar a omissão legislativa por Parte do Poder Legislativo com a notória impetração do mandado de injunção e outros remédios.

Não há, nesta situação, nenhum tipo de excesso por parte do Poder Judiciário, que não é um juiz neutro, mas permeado de valorações sociais, quando repele atos omissivos do Poder Executivo (em quaisquer de suas esferas alicerçadas no federalismo cooperativo ou de repartições de competências, posto que apenas está buscando coercitivamente um dever positivo da Administração Pública.¹²

¹² Não enxergamos nenhuma justificativa para tanto medo ou mesmo pavor de parte da doutrina nacional e estrangeira quanto à intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas. Nossa democracia participativa ainda é restrita ao momento do voto e, muito lentamente, estamos no Brasil aproximando a população do controle das contas públicas. A tática do orçamento participativo ainda é incipiente e não é suficiente para combater a omissão administrativa quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais. Não olvidemos de que não estamos propondo uma visão de ativismo judiciário desmedida, maniqueísta, ingênua ou irresponsável, mas apenas ressaltando o dever constitucional que o próprio órgão judicante tem em relação à guarda da Constituição e do respeito à dignidade humana, inclusive com a correção dos desmandos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Extremamente frágil e falaciosa é a tese sustentada por teóricos

4. EXECUÇÃO FORÇADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: A ÀRIDA RESISTÊNCIA AO COMBATE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA.

Diante da previsão normativa concreta sobre determinado direito subjetivo ou reconhecimento de certo direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, em qualquer área, e um comando executivo endereçado ao Estado, jamais poderemos defender a idéia de invasão de competências ou excesso de poder judicante, pois toda a omissão dos demais poderes deve ser corrigida judicialmente, ainda que admitamos que tal caminho é próprio das democracias incipientes. Destarte, por mais conservadora que seja a interpretação conferida à Constituição, em sede dos direitos sociais à educação e à moradia (com a revisão do art. 3º da Lei nº 10.257/2001) não há como o Judiciário se furtar de condenar o Administrador em obrigações de fazer constitucionais.¹³

norte-americanos e alemães sobre uma temerária invasão de competências do Poder Judiciário sobre o Executivo, no tocante à efetivação de políticas públicas e totalmente imprestáveis à nossa realidade. Não esqueça o leitor da extrema miserabilidade arrostada por boa parte dos brasileiros que subexistem em “moradias” que não atendem aos mínimos requisitos de habitabilidade, cenário distante da população alemã ou norte-americana. A execução de políticas públicas em nossa realidade administrativa demanda a construção de um raciocínio voltado à realidade nacional, caso contrário nunca cumpriremos os desígnios constitucionais mínimos defendendo ilimitadamente um modelo de discricionariedade criminosa por ímproba e omissiva, o que parte da doutrina ainda não compreendeu ou enxergou e que paulatinamente está sendo alterado nos Tribunais pátrios: “Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, poder ter a palavra final nas questões constitucionais. A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do positivismo jurisprudencial) é a substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juizes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? No entanto, com o positivismo jurisprudencial, o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do dever ser, com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Veja Garcia, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.21. Acesso em 15/09/2005.

¹³ Inaplicável em nossa realidade social os dogmas teóricos estabelecidos na orientação cultural mitificada da Europa, uma vez que não podemos importar irresponsavelmente o pensamento europeu e considerar tal atitude salutar intelectualmente; precisamos de liberdade de pensamento para construir soluções nossas, propícias a enfrentar nossos problemas e não os de uma realidade amplamente diversa da brasileira. No continente europeu ainda é combatida, por parte da doutrina, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: “One thing that’s often said is that courts give reasons for their decisions, whereas legislatures do not, and this is a sign that courts, unlike

Infelizmente, perdemos muito com a leitura fria e meramente semântica ofertada à atual Carta Política; de qualquer modo, defendemos a completa razoabilidade dos pedidos que visam reparar eventual dano social (ofensa a determinado direito onde não se pode individualizar a vítima, uma vez que toda a coletividade possui interesse para figurar no pólo ativo da lide, representada pelo Ministério Público ou demais processualmente legitimados de modo plúrimo, na qualidade de fiscais da lei) provocado pela negação do direito social à moradia e resultam na seguinte indagação: os orçamentos brasileiros distorcidos pelo administrador merecem a correção do Poder Judiciário ao desprezar a adoção mínima de prioridades fundamentais, ou estas não existem em nossa organização constitucional e constituem meras falácias desprovidas de qualquer executividade reservada ao talante do administrador ou legislador ordinário? ¹⁴Qual o receio para

legislatures, take seriously the issues of rights that they address. With courts, they say, we are never just face with a bare decision about rights, coercively imposed; we have judicial reasoning, which helps bring constitutional rights into focus for us, and it would be a pity to give that up. I'm not convinced. If you read what passes for "reasoning" in Supreme Court decisions, most of it is not about issues of rights at all. It's about legal history, or precedent, or jurisdiction, or theories of interpretation, or other legalisms. Judges know that their role is problematic. Thus they cling to the texts that authorize their interventions and laboriously debate their interpretation with special reference to theories like originalism and constructivism to show that they are entitled to do what they are doing" WALDRON, Jeremy. On judicial review. Disponível na internet: <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles>. p.1.[15/09/2005].

O Brasil, diferentemente de outras Repúblicas Federativas, ainda não conquistou sua maturidade democrática e administrativa. O sufrágio universal constituiu uma das etapas de nossa lenta marcha democrática, mas não pode representar a última. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nossa realidade, está longe de constituir o temor de parte da doutrina estrangeira a repelir a invasão de competências ou inversão de papéis dos poderes constituídos: " Por otra parte, es digno de especial consideración el creciente malestar acerca de una excesiva dependencia de la Administración de una desbordante jurisprudencia contencioso-administrativa, como consecuencia de los nuevos márgenes de configuración y valoración de los tribunales. En el Derecho Administrativo del medio ambiente y de la planificación, así como en otros campos jurídicos vecinos, andan en búsqueda de la propia posición entre el mandato de tutela y el progreso técnico. Se plantean problemas acerca de la extensión y la densidad de la actividad judicial de control. Se alzan voces que lamentan la fatiga del Estado judicial del Estado de Derecho. En general, se aprecia un desplazamiento demasiado fuerte a los tribunales de tareas de la Administración." HEYDE, Wolfgang. La jurisdicción. In: HESSE, Konrad. Manual de Derecho constitucional. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 820-821.

¹⁴ No atual quadro social brasileiro devemos relembrar ao leitor que o modelo democrático adotado pelo nosso regime federativo carece de uma estrutura construtivista de democracia, passando pela participação popular na discussão dos orçamentos públicos e pela provocação do Poder Judiciário quando necessário, sem que possamos falar de ofensa à deliberação da maioria ou mesmo ditadura judicante: " Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou

a intervenção judicante na execução forçada de direitos fundamentais ou mesmo em propor uma revisão dos atos administrativos em desacordo com os princípios constitucionais por completa omissão aos seus postulados fundamentais?¹⁵

interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador. Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, é impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação. Claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende de uma fundamentação adequada. (...) A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos). Afirmar, portanto, o caráter contramajoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. (...) Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas. (...) Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas ou de sua falta.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.57-62.

¹⁵ Precisamos urgentemente, sem nenhum adiamento e afastando qualquer traço de resistência acomodada e omissiva, revisar as bases conceituais da discricionariedade administrativa e suas implicações quanto à omissão e responsabilidade civil, a possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Judiciário quando houver desvio de finalidade, omissão pura ou demais atos que implique no descumprimento dos direitos fundamentalmente consagrados no Texto de 1988: “Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida. Ademais, a Constituição prevê em seu art. 5º, XXXV, peremptoriamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição a melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cômicos de uma impossibilidade de solução a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos. (...) No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas, inicialmente, há de ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações. É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? *(...) Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie

Vislumbramos resposta positiva, sendo possível ao Poder Judiciário interferir na condução da Administração Pública, sempre respeitado o princípio processual dispositivo toda vez que o administrador não priorize interesses básicos da coletividade; por conseguinte, não aceitamos a idéia de que o Poder Executivo tenha “carta branca” para gastar a receita pública contra a função social do orçamento público ou mesmo os desideratos constitucionais, em matéria de política mínima existencial.¹⁶

Se, por hipótese, o Prefeito de uma cidade resolvesse substituir toda a frota de ônibus recém-adquiridos por outros mais novos ainda e houvesse a necessidade de edificar determinada quantidade de moradias populares, com custo muito inferior à medida anteriormente citada, defenderíamos a intervenção do Poder Judiciário para corrigir o ato administrativo praticado.¹⁷

a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-74

¹⁶ A realidade brasileira de investimentos em políticas sociais não poderia ser mais propícia à ingente necessidade de correção de gastos ou adoção de prioridades sociais pelo Poder Judiciário; se continuarmos a defender a anacrônica e absurda tese de separação absoluta dos poderes legalmente constituídos, sem ter em mente as necessidades sociais, estaremos corroborando com a adoção definitiva da discricionariedade absoluta em matéria de dotação de recursos públicos no Brasil. Nada mais dantesco para a promoção dos direitos sociais: “Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como consequência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas. Desse modo, quem analisar essas propostas poderá ‘ganhar a impressão de efetiva preocupação do governo como os direitos humanos, mas tal impressão se desfaz quando se verifica quanto foi efetivamente gasto.’ Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular). Na mesma linha, há quem recomende a condenação do Estado omissivo a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos de implementação do respectivo serviço público. No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.100

¹⁷ A atuação do Poder Judiciário erigindo comandos diretos na execução das políticas sociais brasileiras não constitui, ao nosso sentir, uma teratologia jurídica mas, ao reverso, uma necessidade indissociável inerente à manutenção do Estado democrático de Direito; logo, a tarefa correccional

Acreditamos na possibilidade de receber o administrador comandos judiciais destinados à execução compulsória de programas de moradia popular previstos atualmente no art. 3º da Lei nº 10.257/2001, quebrando o que a doutrina alemã denominou da reserva do possível como defesa contra o cumprimento forçado de tutelas específicas em obrigação de fazer.¹⁸

dos investimentos longe de configurar uma extrapolação de atividades, consiste uma postura obrigatória de um novo modelo de julgador: o ativista social: “Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.101.

¹⁸ Precisamos urgentemente construir uma nova realidade prática e doutrinária para o Direito nacional, considerando nossa situação social e afastando teses incompatíveis com os anseios brasileiros de desenvolvimento e promoção da dignidade humana. Não queremos afirmar que as idéias formuladas no contexto europeu ou mesmo norte-americano no cumprimento dos mandamentos mínimos inerentes à sobrevivência individual sejam absolutamente inúteis quando de sua elaboração; entretanto, nunca podemos olvidar que nosso cenário social demanda resposta diferenciada dos postulados eurocêntricos que muito atrofiam nossa capacidade de construir soluções calcadas em nossa formação histórico-social. Ora, a tática da “reserva do possível”, glorificada em outras épocas em sociedades puramente liberais, não mais se coaduna com o cumprimento dos direitos fundamentais no Brasil, de modo a necessitarmos de outra resposta do administrador para sua negativa em cumprir os mandamentos constitucionais voltados à execução de políticas públicas: “Justificativas à parte, o fato inexorável é que, cotidianamente, a força normativa da Constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam como âlibi o velho e bolorento argumento da não-aplicabilidade imediata da Constituição, como se os direitos dependessem da lei. (...) Ora, a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma. A premissa é irrefutável. Até os autores que criticam a intervenção do Judiciário nessas questões reconhecem o acerto da premissa do raciocínio. (...) Fixados alguns suportes teóricos, devem-se discutir efeitos concretos desse posicionamento. Para isso, interessante seria a análise do problema da EC 26 no Brasil. Essa emenda foi aprovada exclusivamente para incluir no rol dos direitos sociais do art. 6º da CF o direito à moradia. Ora, os autores tradicionais zombam de tal medida, apontando que a Constituição não constrói casas, bem como a reserva do possível impede a efetivação pelo Judiciário do direito materializado na Constituição. Tais argumentos, o primeiro empírico e o segundo, que será analisado com mais vagar no próximo capítulo, são típicos de uma visão conservadora da Constituição, mas que começam a ser refutados.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66-67.

¹⁹ Por muito tempo assistimos atônitos a massificação da omissão administrativa disfarçada nos conceitos da discricionariedade e reserva do possível. Nada mais cômodo ao administrador inerte institutos jurídicos tão vagos emprestados à improbidade administrativa por omissão direta quanto ao cumprimento dos deveres mínimos do Estado brasileiro. Hodiernamente resta imperiosa a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além, obviamente, dos Tribunais de Justiça e órgãos monocráticos, por um processo de reciclagem profissional, quanto à executividade dos direitos fundamentais previstos expressamente na atual Carta Política, para que alteremos progressivamente o quadro de desmedi-

Qual o exato limite da tese da reserva do possível nas sociedades marcadas pela violenta estratificação social como a brasileira? Será tal resposta formulada com o raciocínio pautado na ordem pública do século XIX ou início do século XX, de modo a inviabilizar a efetivação de todos os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988?¹⁹

dos danos coletivos provocados pelo Administrador, em todas as suas esferas, no trato de políticas públicas essenciais: “ Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente o direito à moradia possui consequências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito. (...) Qual direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em mero favor ou uma obrigação moral. Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O art. 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola. É claro que muitas vezes a solução não será diretamente preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento. Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juízes na efetivação da Constituição. Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, a priori, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68-69..

¹⁹ Por muito tempo assistimos atônitos a massificação da omissão administrativa disfarçada nos conceitos da discricionariedade e reserva do possível. Nada mais cômodo ao administrador inerte institutos jurídicos tão vagos emprestados à improbidade administrativa por omissão direta quanto ao cumprimento dos deveres mínimos do Estado brasileiro. Hodiernamente resta imperiosa a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além, obviamente, dos Tribunais de Justiça e órgãos monocráticos, por um processo de reciclagem profissional, quanto à executividade dos direitos fundamentais previstos expressamente na atual Carta Política, para que alteremos progressivamente o quadro de desmedidos danos coletivos provocados pelo Administrador, em todas as suas esferas, no trato de políticas públicas essenciais: “ Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente o direito à moradia possui consequências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito. (...) Qual direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em mero favor ou uma obrigação moral. Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O art. 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola. É claro que

A correta aplicação das verbas públicas e o controle da ocupação dos espaços urbanos e a aplicação das sanções do artigo 182, §4º, da atual Carta Política (tardiamente regulamentado pelo Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001), tais como a edificação compulsória, a progressividade do Imposto Predial Territorial urbano (IPTU) e o instituto da desapropriação como modalidades gradativas de comportamento coercitivo que deveria ser promovido pelo Poder Público municipal e simplesmente não é levado a cabo na realidade diária, não encontram eco no simples mito da discricionariedade, mas, de maneira aviltante na própria omissão.

A incompatibilidade existente entre as administrações municipais e a garantia individual do direito à habitação apregoado na Constituição Federal e conseqüente marginalização da população em áreas periféricas centralizando um aparente e frágil desenvolvimento em exíguos complexos residenciais, dotados de infra-estrutura desconhecida na maior parte das capitais brasileiras, deve ser combatida com a inversão de prioridades dos orçamentos públicos, observando-se a impessoalidade e continuidade administrativas, dando-se continuidade a singular abertura propiciada com a Carta Magna de 1988.²⁰

muitas vezes a solução não será diretamente preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento. Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juízes na efetivação da Constituição. Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, a priori, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68-69..

²⁰ No Recife, em dezembro de 2004, a imprensa noticiou vivamente a realização de um evento cultural que atraiu pessoas de outros estados gerando a discussão sobre o destino dos recursos públicos: a contratação de certa dupla musical e banda orçada em torno de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), conforme divulgação, seria razoável (dentro do conceito da discricionariedade administrativa) em uma cidade que ainda padece de mazelas sociais como: a falta de moradia e adequada rede de esgotamento sanitário, a precária condição de estabelecimentos de ensino, a inexistência de postos de saúde em áreas periféricas, a rarefeita distribuição do transporte público em localidades isoladas, o péssimo estado de conservação das vias públicas, dos logradouros em geral, a falta de equipamentos urbanos voltados para pessoas com necessidades especiais, além de outros itens? Além deste fato, poderíamos registrar muitos outros no cenário local suficientes para colocar em xeque a moralidade de gastos vultuosos sem a menor preocupação de dar conhecimento ao público de sua origem e justificativa, tais como: a edificação do novo fórum do Recife (verbas estaduais) com extrema suntuosidade contrastando diretamente com a pobreza e marginalidade circundante, a inauguração de um conjunto de esculturas nos arrecifes, sem olvidar do luxo não poupado nas atividades do Poder Legislativo (inclusive com a imoral e absurda resistência aos “cargos de confiança” e o pagamento de períodos extraordinários), do Poder Executivo e, infelizmente, do próprio Poder Judiciário. Quem paga a conta de tantas disfunções do orçamento público: Certamente o aviltado povo brasileiro com uma carga tributária sufocante e viciada. Nosso maior desafio não é a falta de

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Disponível em: [15/09/2005].

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CABRAL, Antônio do Passo. **O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição.** Disponível na internet: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Disponível em: [16/09/2005].

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

recursos para as políticas sociais, mas, ao contrário, a transparente e correta aplicação dos mesmos. E certamente pode o leitor indagar: qual a competência para fiscalizar e sugerir a alocação das receitas públicas? A resposta é clara: a população deve ser convidada progressivamente, em homenagem à probidade administrativa, a participar e acompanhar de perto a distribuição dos gastos públicos, uma vez que aos Tribunais de Conta não compete exclusivamente tal tarefa. Necessitamos de uma urgente revisão das prioridades sociais: “O Poder Executivo, por sua vez, não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias políticas (policies) e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente, também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.” KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.99.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HEYDE, Wolfgang. La jurisdicción. in HESSE, Konrad. **Manual de Derecho constitucional**. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. **What is juridification?** Disponível em <http://www.arena.uio.no>. Disponível em: [16/09/2005].

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Disponível em: [22/10/2002].

OLIVEIRA, Adilson José de. **O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades**. Interesse público. a.6, n.30, p.214 -215. [s.d.]

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WALDRON, Jeremy. **On judicial review**. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org>. Disponível em: [15/09/2005].

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: 200 ANOS INDEPENDENTE

Milena Marcone Ferreira Leite

*Advogada, Graduada em Direito pelo Instituto
Pernambucano de Ensino Superior (IPESU)*

Sumário: Introdução. 1. O Poder Judiciário: aspectos gerais. 2. O direito na época do Brasil colônia. 3. Fatores que impulsionaram a criação de um direito nacional. 4. O direito brasileiro após a independência do Brasil. 5. A estruturação do Poder Judiciário nacional. 6. A Justiça de Paz no Brasil. 7. A recente reforma e as principais mudanças com a EC 45/04. Considerações finais. Referências.

Resumo: Na história brasileira, para se consolidar como poder independente e autônomo, o Poder Judiciário sempre enfrentou diversos obstáculos políticos, econômicos e ideológicos. Se, por um lado, no processo de formação de nossas instituições podemos perceber que o Direito oficial resultante da herança colonial burocrático-patrimonialista, marcada por práticas nitidamente conservadoras, nem sempre representou efetivamente os interesses de grande parte da sociedade brasileira, de outro lado, mudanças estruturais, a cada nova Constituição, que variaram conforme os momentos históricos vivenciados no país, procuraram, de uma forma ou de outra, ampliar o acesso à justiça de modo que todos os cidadãos pudessem ser beneficiados. Atualmente, isso se reflete nas constantes reformas, de forma a combater a morosidade e assegurar a efetiva prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Autonomia; Efetividade; Independência; Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho intitula-se “O Poder Judiciário Brasileiro: 200 Anos Independente”.

Iremos tratar, em linhas gerais, sobre a história do Poder Judiciário Brasileiro no seu bicentenário de independência. Para um melhor desenvolvimento das

idéias, nossa contribuição científica consiste em fornecer uma visão histórica dos principais acontecimentos que colaboraram para sua independência, bem como seus principais avanços com o intuito de, na análise dos acertos e erros históricos, buscar subsídios para a transformação e aprimoramento do direito na atualidade.

Num primeiro momento, trataremos da evolução do Poder Judiciário sob uma perspectiva ampla, abordando elementos caracterizadores de sua atuação ao longo dos anos num contexto mundial.

Posteriormente, o enfoque será dado acerca das origens e estruturação do Poder Judiciário no Brasil, fazendo menção, inclusive, sobre a própria evolução do Direito Brasileiro.

Trataremos, também, sobre a importância dos juízes de paz, como meio alternativo para a composição dos conflitos, e sobre a recente Reforma do Judiciário tendente a diminuir o problema da morosidade da justiça e garantir amplo acesso a todos os cidadãos.

1. O PODER JUDICIÁRIO: ASPECTOS GERAIS

Fazendo uma breve análise histórica da evolução do pensamento jurídico e utilizando como ponto inaugural a Revolução Francesa, podemos dizer que, nesse período, a atuação do Poder Judiciário limitava-se a dirimir conflitos de interesses que lhe eram trazidos. Nesse momento, em fins do século XVII, prevalecia uma visão racionalista do direito que perdurou por quase todo o século XIX, razão pela qual a concepção jurídica da época, estritamente legalista, admitia o princípio da vontade corporificado no Poder Legislativo e não no Judiciário. Dessa maneira o legislador, considerado como o representante do povo, é o único que tem vontades e iniciativas, ditando as regras a serem aplicadas pelo juiz. A lei é, aqui, entendida como a própria razão positivada.

Sob esta óptica, os tribunais, na aplicação da lei, adaptavam os fatos ao direito sem considerar qualquer elemento ético, social ou político, de modo que as decisões dos magistrados deveriam ser fundamentadas na lei, buscando assim evitar o subjetivismo.

Predomina, aqui, uma visão estática do princípio da separação dos poderes, uma vez que toda a organização do poder político concentrada no Executivo acentuava o papel do Poder Legislativo e neutralizava politicamente o Judiciário. A independência do Poder Judiciário, aqui, concernia exclusivamente

ao processo decisório, podendo conviver com a dependência administrativa e financeira diante dos demais poderes do Estado.

Esclarecedor é o entendimento de Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

Embora a concepção descrita, vigente em fins do século XVIII e início do XIX, possa parecer retrógrada, para a época em que surge é inovadora, pois que no Ancien Regime não existiam leis gerais e o juiz decidia segundo critérios pessoais, sendo suas sentenças extremamente variáveis. Era uma justiça senhorial, vinculada à vontade dos proprietários de terra, que possuíam o poder econômico e político. Só mais tarde surgem os jurisconsultos, os homens da lei, que constroem uma jurisprudência com algum nível de generalidade. (2002, p. 290, grifo do autor).

Logo após o término das guerras mundiais, inicia-se uma nova etapa com destaque, agora, ao papel exercido pelo Executivo. Por ser um período marcado pela consagração constitucional dos chamados direitos de segunda geração (trabalho, saúde, previdência), abriram-se, via de consequência, novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e de segurança social, o que gerou um aumento da demanda pelos tribunais. Diante dessa situação, o Poder Judiciário, agora sentindo a necessidade de assumir sua quota-parte na questão da responsabilidade política para dar sustentação às promoções socioeconômicas apoiadas pelo Estado, idealizou reformas em prol da modernização da máquina judicial, da simplificação de processos e procedimentos, bem como a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

Flávia de Almeida Viveiros de Castro bem explica essa situação:

[...] ao invés da antiga simbiose entre independência e neutralidade do Poder Judiciário, surge uma tensão entre estas duas instâncias, que os tribunais terão que enfrentar. O dilema apontado pode ser resumido ao seguinte contexto: se continuasse em uma atitude neutra, preservando-se no mesmo padrão de desempenho reativo, o Judiciário manteria incontestemente sua independência, mas corria o risco de se tornar socialmente amorfo e de ser percebido pela sociedade como dependente, de fato, do Executivo e do Legislativo. Por outro lado, se aceitasse sua quota-parte de responsabilidade

política na promoção da Justiça Social, nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário com a Constituição, ou seja, pela constitucionalização do direito comum, correria o risco de entrar em atrito com os outros poderes e, por via de consequência, sofrer pressões em prol de um controle externo sobre suas atividades. (2002, p. 291).

Com o Poder Judiciário assumindo, agora, uma atitude não neutra ante os fenômenos socioeconômicos, os tribunais assumiram posições pró-ativas em matéria de acesso ao direito, e os magistrados passaram a dar aos efeitos extrajudiciais das decisões uma atenção privilegiada, o que contribuiu para dar maior destaque social a esse poder. Essa atuação transparecia na questão da legitimidade processual para a tutela de interesse difuso e coletivo e na intervenção, quando instados a tal, por meio de ações próprias, para suprir a falta de regulamentação das leis ou pressionar para que esta fosse efetivada.

Almejando alcançar o bem estar social e o ideal de justiça das decisões, surgiu, no século XX, uma nova corrente de pensamento destinada a resolver os casos concretos a que o judiciário é submetido utilizando não apenas a fria aplicação dos textos da lei, mas, também, a equidade. Desta forma, a validade da norma promulgada com todos os requisitos formais passa a ser confrontada com os princípios de Justiça e dos direitos fundamentais do homem.

Porém, devido ao surgimento de novos fatores como, por exemplo, novas necessidades sociais, a integração dos mercados, as privatizações, e a reordenação do capital mundial, ocasionaram o declínio do modelo jurídico moderno. Esse é um fato que perdura até hoje e agrava a tendência para um maior controle sobre os tribunais, especialmente em termos de produção quantitativa, principalmente porque, nessa fase, surgem novas áreas de litigação referentes aos chamados direitos de terceira geração, como os de tutela do meio ambiente e os das relações de consumo. Cobrou-se do magistrado um maior saber técnico apurado e, ao mesmo tempo, a sua não-limitação a tecnicismos exagerados, devendo este aplicar a lei de forma equitativa, oportuna e socialmente útil.

2. O DIREITO NA ÉPOCA DO BRASIL COLÔNIA

A mudança do modo de produção feudal para o capitalista gerou o desenvolvimento do mercado e o surgimento das relações de trabalho na Europa. A ascensão social da burguesia, o surgimento de uma visão sócio-política marcada pelo liberalismo predominante e a forte estrutura do Estado absoluto e soberano centralizador do poder são fatores que, associados, contribuíram para o surgimento do modelo jurídico moderno na Europa entre o final do século XVI e início do século XVII. Esse modelo vigente além de se espalhar por toda a Europa, também, foi transposto para as colônias dos países europeus, inclusive o Brasil.

Ao analisar o processo de formação de nossas instituições, podemos perceber que a nossa herança colonial, marcada pelo patrimonialismo e por uma mentalidade conservadora, contribuiu profundamente para que, posteriormente, a sociedade brasileira se desenvolvesse.

Nas três décadas posteriores ao ano de 1500, não há o que se falar em direito brasileiro, uma vez que, nos primeiros séculos após o descobrimento, não houve qualquer preocupação dos colonizadores em traçar para o Brasil uma política de colonização racional e eficiente, posto que, inicialmente, não foram encontrados metais preciosos, nem mercado produtor e consumidor. Nessa época, o que realmente interessava era o comércio de especiarias na África e Ásia, que a princípio traziam lucros imediatos.

Esta fase, chamada pré-colonial, foi marcada pelo extrativismo vegetal do pau-brasil de modo que, sendo o pau-brasil praticamente o único produto lucrativo disponível, este era obtido por meio do trabalho indígena baseado no escambo, ou seja, na troca do produto por objetos de pouco valor, e explorado por particulares mediante uma concessão da Coroa, através de contratos de arrendamento. Nesses contratos, estipulava-se que os contratantes deveriam enviar pelo menos seis navios anualmente no intuito de explorar trezentas léguas do litoral e criar feitorias, ou seja, um tipo de armazém fortificado para servir de entreposto comercial.

Esse período ainda foi marcado pelas explorações guarda-costeiras, que foram organizadas por causa da presença de constantes estrangeiros contrabandeando o pau-brasil.

Sob a ameaça de perder a posse das terras americanas, uma vez que estava sendo disputada por países concorrentes, Portugal decidiu pela colonização

do Brasil, fato esse que atraiu não só a burguesia, mas, também, parcelas da nobreza.

O processo de colonização no Brasil, sendo do tipo de exploração, fez com que, nessa época, a colônia existisse apenas para servir aos interesses de Portugal, razão pela qual exercia desse modo um monopólio sobre as terras ali existentes e estruturava a colônia como forma de economia complementar.

A estrutura social do período colonial é marcada pela forte presença de uma elite constituída por grandes proprietários rurais (latifundiários) em contraposição a uma massa significativa de mão-de-obra escrava.

Seguindo a linha de raciocínio de Antônio Carlos Wolkmer, podemos entender as razões que justificam tal situação:

Para a exploração mais lucrativa dos latifúndios, a alternativa escrava era a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tornar-se donos de um pedaço das terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar ‘negros’ por produtos tropicais que comercializavam na Europa. Há de se levar em conta que diante do fracasso da tentativa de escravizar os índios, os grandes proprietários assentaram seu poder econômico e social no incremento do tráfico de negros escravos. (2003, p. 39).

A estrutura política da época surgia sem identidade nacional, pois não levavam em conta os objetivos de sua população de origem e nem da sociedade como um todo. Refletia apenas em extensões do poder real da Metrópole na Colônia. Assim, o aparecimento do Estado, ao contrário de ser resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, resultou de imposição da vontade do Império colonizador.

Esse empreendimento colonizador lusitano, mais caracterizado como uma ocupação do que uma conquista trouxe consigo uma cultura mais evoluída e adotou o Direito Português (herdeiro de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano) como base quase que exclusiva do Direito pátrio.

Analisando as raízes culturais da legislação brasileira, podemos perceber que apenas o colonizador luso trouxe influência dominante e definitiva à formação jurídica do país. Decorrente da expansão ultramarina, a colonização

viu-se na necessidade de criar um Direito especial para a direção e organização da própria atividade colonial e a principal finalidade dessa legislação era beneficiar e favorecer a Metrópole.

Nos primórdios do descobrimento, algumas iniciativas assinalaram a presença lusitana em pontos do litoral brasileiro, mediante um precário sistema de feitorias, sem qualquer aspecto de organização. Todavia, ao observar alguns atos legislativos ao longo dos primeiros trinta anos a partir do descobrimento, podemos perceber que, embora não fossem diretamente destinados a reger a vida destas terras, a estas se referiam, constituindo por isso, atos iniciais de uma legislação em desenvolvimento.

No entanto, pela historiografia oficial, em geral não há o que se falar em Direito Estatal das várias nações indígenas antes do descobrimento porque a base de suas formas de procedimento, no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito, refletem apenas valores culturais. São apenas expressões de uma sociedade sem Estado e de cujas formas de poder são legitimadas por diferentes mecanismos daqueles formais e legais do Estado. Nesse contexto, o máximo que a justiça estatal admite ao Direito indígena desde o período colonial é aceitá-lo, simplesmente, como uma norma costumeira de caráter secundário.

O sistema comunal missionário de posse da terra marcou presença durante os séculos XVII e XVIII, sendo utilizado e incentivado pelos padres jesuítas espanhóis aos povos guaranis. Os jesuítas se constituíram, ao mesmo tempo, em juízes e em tribunais superiores das causas indígenas no interior das reduções, elaborando regras específicas para a sua circunstância local. Não se permitiam punições privadas, uma vez que o castigo servia apenas como exemplo para os demais, além de funcionar objetivando a recuperação do delinquente de modo que alcançada a correção, indultava-se o réu. A coercitividade era mínima e, pelo fato de ser a punição aplicada pelos próprios índios, limitava a possibilidade de abusos e excessos durante a aplicação. A punição mais utilizada nas Missões era a reprimenda, sendo a disciplina mais rigorosa do ponto de vista coletivo social do que individualmente.

A estruturação do sistema colonial requereu um tipo de administração que resultasse na posse efetiva do território, prevenindo as invasões e garantindo a exploração das terras. O regime das Capitanias Hereditárias foi o destaque no primeiro momento da colonização brasileira. A Legislação Eclesiástica, as Cartas de Doação e os Forais compunham as primeiras disposições legais desse período.

As Cartas de Doação e os Forais consistiam em documentos concedidos pelo rei que davam aos donatários certos poderes e privilégios para atrair os investimentos necessários à colonização, mas não conferia a propriedade sobre as capitanias.

Sob o enfoque jurídico, importante é a análise feita por Walter Vieira do Nascimento acerca do sistema de capitanias hereditárias:

Já é de ver que o sistema de capitanias hereditárias, examinando como um todo, conduz a uma indefinição jurídica. Entretanto, analisando sob dois ângulos, esse sistema constitui juridicamente, de um lado, contrato de doação e, de outro, contrato de enfiteuse. No primeiro caso, a doação assim se configurava apenas em parte, ou seja, na liberação a esse título de porções de terra ao donatário nos limites da sua capitania. No segundo caso, a enfiteuse advinha da carta de foral, documento hábil que outorgava ao donatário poderes para conceder terras de sesmaria aos colonos que quisessem cultivá-las. Portanto, aqui tinha ele a qualidade de representante ou procurador do soberano para a celebração de contratos de arrendamento. (2006, p. 202-203).

O direito de aplicar a lei aos casos concretos, dirimindo os conflitos de interesses, cabia exclusivamente aos donatários, competindo-lhes, ao mesmo tempo, as funções de “administrador”, chefe militar e juiz. Notamos, assim, que, nessa época, não havia uma burocratização quanto aos procedimentos, confundindo-se em uma única pessoa as funções de legislar, acusar e julgar.

A primeira autoridade da Justiça Colonial, por orientação das Cartas de Doação, foi o cargo particular de ouvidor. Esses meros representantes judiciais, com competência sobre as ações cíveis e criminais, eram designados e subordinados aos donatários e permaneciam no cargo por um prazo renovável de três anos.

Não podemos esquecer, todavia, que, além das instâncias jurídicas do Estado, marcou presença, também, a Justiça Eclesiástica onde, caminhando lado a lado com a Justiça Estatal, a ela se assemelhava de tal maneira que existiam comarcas eclesiásticas, além de um tribunal de instância máxima que era o Tribunal da Inquisição do Santo Ofício de Lisboa. Esse tribunal possuía um Regimento Interno, composto por leis, jurisprudência, ordens

e regulamentos. Crimes contra a fé, a moral e aos costumes eram os considerados de maior gravidade podendo, em muitos casos, o acusado ser condenado até a pena de morte. Era uma justiça dotada de tamanho poder e uma larga área de competência que, em muitos casos, chegava até a conflitar com a jurisdição estatal.

Devido principalmente à falta de recursos de muitos donatários, além da falta de qualidade administrativa, à distância das capitais em relação à metrópole e à resistência oferecida pelos índios a sua escravização e dizimação, o sistema de capitanias hereditárias não surtiu os efeitos esperados. Entretanto, contribuiu significativamente para o processo de ocupação efetiva do país por Portugal, levando em consideração que favoreceu o surgimento de núcleos duradouros em contraposição às simples feitorias que existiam anteriormente.

A Metrópole, observando o fracasso da grande maioria das capitanias, tratou logo de dar à Colônia outra orientação político-administrativa implantando, assim, o sistema de Governos Gerais decorrente do Regimento de D. João III, de 1548.

Esse sistema, inicialmente sob a administração de Tomé de Souza, pretendendo dar um sentido de unidade à dispersão inicial, com o Estado centralizando e intervindo no processo colonizador como complemento do sistema de capitanias, reduziu o poder dos donatários e implantou as bases de um governo capaz de possibilitar uma unidade garantidora da posse efetiva de Portugal sobre as terras do Brasil. O êxito no plano traçado para essa nova etapa político-administrativa fez nascer um verdadeiro Estado brasileiro. Foi, nesse período, que os rumos do Poder Judiciário e do próprio direito tiveram uma substancial modificação com o início da profissionalização/ burocratização do sistema e dos seus agentes operadores. Essa centralização do poder abriu maiores possibilidades de recursos para pleitear inclusive a reforma de suas decisões.

Resumidamente, podemos dizer que a administração da Justiça, reproduzindo na verdade a estrutura portuguesa, na primeira instância era realizada por diversos operadores jurídicos cujas competências geralmente eram similares ou muito próximas. Constatava-se, na época, a presença de juízes singulares que eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais. Por sua vez, estes se desdobravam em juízes de fora, juízes de vintena, juízes de órfãos, juízes de sesmarias dentre outros, que trabalhavam juntamente com seus auxiliares: os escrivães do público e notas, os tabeliães judiciais, os escrivães dos órfãos, os alcaides, os meirinhos, os inquiridores, os quadrilheiros, os almotacés, etc.

Os Tribunais da Relação eram compostos por juízes colegiados e compunham a segunda instância onde se apreciavam os recursos ou embargos. Seus membros designavam-se desembargadores e suas decisões eram chamadas de acórdãos. Tendo sido criado em 1587, o primeiro Tribunal da Relação na Bahia não chegou a ser implantado, pois o navio que trazia os ministros não pode sair de Portugal e, só em 1609, é que a segunda instância foi instaurada efetivamente no Brasil colonial. Posteriormente, mais de um século depois, em 1751, é que foi implantado, no Rio de Janeiro, mais um Tribunal da Relação. Acima desses Tribunais de Relação, só restava, em casos muito especiais, o recurso extremo à Casa da Suplicação em Lisboa para as suas decisões, constituindo-se uma espécie de tribunal de apelação de terceira e última instância, ao lado do Tribunal do Desembargo do Paço.

Cumprir destacar que o Tribunal do Desembargo do Paço de Lisboa era o destinado a tratar de matérias de graça em assuntos tocantes à justiça, tais como a concessão de privilégios (perdões, fianças para aguardar o julgamento em liberdade, recursos de revista, dispensas ou prorrogações de prazos, etc) e benefícios (concessão de licenças para impressão de livros relativos a matérias temporais, a obtenção de certidões de leis e de outros documentos existentes no arquivo régio, etc). Tratava, ainda, dos assuntos referentes à administração da justiça (recrutamento de magistrados para as diversas comarcas, nomeação de oficiais de justiça, etc), e resolvia conflitos de jurisdição entre a Casa do Cível e a Casa da Suplicação.

A competência do Tribunal da Relação da Bahia abrangia todo o norte, de Porto Seguro até a capitania do Rio Negro, enquanto que a jurisdição do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, inspirado no modelo do Tribunal da Relação da Bahia e criado para tornar mais eficaz a máquina judiciária, compreendia o Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e o sul do país.

Foi com a criação e o funcionamento do Tribunal da Relação no Brasil que se consolidou uma nova forma de administração da justiça, não mais efetuada pelo ouvidor-geral, mas, sim, centrada na burocracia de funcionários civis preparados e treinados na metrópole.

Apesar de algumas reformas existentes, como a que citamos acima, notamos que o sistema judiciário do Antigo Regime, marcado pelo sistema de privilégios sociais sobreviventes do regime feudal e corporativo, aliado à união do Estado e da Igreja, é integrado numa ordem social e política dominada por características que só virão a alterar-se com as revoluções liberais do século XIX.

3. FATORES QUE IMPULSIONARAM A CRIAÇÃO DE UM DIREITO NACIONAL

É com a transferência da corte portuguesa para o Brasil, que se inicia o movimento de emancipação jurídica do país, onde D. João VI, destinando a atender às necessidades sociais, políticas e econômicas do Brasil, decretou várias leis. Dentre essas leis, a expedição da Carta-Régia em 1808 veio representando o primeiro passo no sentido da libertação econômica e da instauração de um regime liberal de comércio na região. Antes de sua expedição, o comércio externo brasileiro era monopólio de Portugal, porém, com o seu advento, foi determinado que a partir de 1814, ficasse permitida a entrada de navios de todas as nações amigas em portos brasileiros e a saída dos nossos navios para portos estrangeiros.

Outras mudanças também advieram da Carta-Régia de 1808 como a revogação das leis que proibiam qualquer espécie de atividade industrial no país, a isenção tributária sobre matéria-prima importada para a indústria e a fundação do Banco do Brasil.

Mudanças ocorreram, também, na estrutura judiciária onde, por causa da invasão de Portugal pelas tropas francesas de Napoleão, tornou-se inviável a remessa dos agravos ordinários e das apelações para a Casa da Suplicação de Lisboa, fator esse que contribuiu para o surgimento da Casa da Suplicação do Brasil, representando, assim, o início de uma justiça nacional.

Considerado como o marco histórico da Justiça brasileira, foi por meio do alvará de D. João, príncipe-regente, que, em 10 de maio de 1808, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi elevado à condição de “Casa da Suplicação do Brasil”. Destinada a funcionar como tribunal de última instância, onde terminariam os feitos, a Casa da Suplicação tinha atribuições semelhantes à Casa da Suplicação de Lisboa. Instalada em 30 de julho de 1808, em prédio adquirido pela Fazenda Nacional, na Rua do Lavradio, a Casa da Suplicação era presidida pelo regedor da Justiça.

A criação da Suplicação, no Brasil, possibilitou o reino português possuir dois tribunais superiores, um sediado em Lisboa e o outro, aqui no país. Cumpre esclarecer, todavia, que, por causa do alvará de 06 de maio de 1809, os recursos judiciários provenientes dos territórios do Pará e do Maranhão, bem como os originários das ilhas da Madeira, Açores e Porto Santo, eram remetidos para a Casa da Suplicação de Portugal. Cabia a Casa da Suplicação

do Brasil os recursos que saíssem da Relação da Bahia e do distrito da antiga Relação do Rio de Janeiro.

Juntamente com a Casa da Suplicação, no Brasil ainda foram criados o Desembargo do Paço e o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça, vindo a substituir vários órgãos, acumulava duas funções, uma de caráter administrativo, manifestando seu parecer quando consultado nas questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias e outra de caráter puramente judiciário funcionando como Tribunal Superior de Justiça Militar, julgando, em última instância, os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar. Importa destacar que foi com a Criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça que se instalou o primeiro Tribunal Superior de Justiça instituído no Brasil.

Simplificando a estrutura judiciária da época, em 22 de abril de 1808, foi reunido, no país, em um único tribunal, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência que, em Portugal, eram órgãos independentes e autônomos passando a existir sob a denominação de Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. Com atribuições definidas nos alvarás de 12 de maio de 1809 e de 16 de setembro de 1814, cabia a esse tribunal decidir sobre matérias que, na metrópole, eram da competência tanto da Mesa de Consciência e Ordens quanto do Tribunal de Desembargo do Paço. Encarregava-se dos pedidos dirigidos diretamente ao rei, como supremo dispensador da Justiça, que manifestava sua livre vontade por decretos de mera graça, além de dispor sobre a legitimação de filhos, a confirmação de doações, a concessão de cartas de perdão, a dispensa de idade e de nobreza, deliberando, ainda, sobre o recrutamento e provimento de juízes, entre outras questões.

Importante, pois, frisar que, quando da criação do novo tribunal em referência, já havia mesas do desembargo do paço no Brasil, instalados nas relações do Rio de Janeiro e da Bahia, encarregadas de, ali, despachar certas matérias que formalmente eram da competência dessa instituição. Frente à existência do novo tribunal, a do Rio tornou-se desnecessária, sendo abolida e conservou-se apenas a da Bahia.

Nesse período de mudanças, ainda foram criadas novas comarcas, novas vilas foram fundadas ou elevadas a essa categoria a partir de povoados pré-existentes, cargos de juiz de fora dotados de maior alçada que os ordinários foram criados, além de outras medidas visando à descentralização da justiça e ao desafogamento das cortes superiores.

Em 16 de dezembro de 1815, com a Carta de Lei, o Brasil foi elevado a Reino Unido de Portugal e Algarves, situando, assim, o país no mesmo nível da Metrópole, com igual personalidade internacional e com iguais direitos e deveres.

Durante a regência e o reinado de D. João VI, já quase chegando o período da Independência, é que, nas cidades de Recife e São Luiz do Maranhão, foram instalados mais dois tribunais.

A Relação de São Luiz do Maranhão foi criada em 23 de agosto de 1811 por Resolução de Mesa da Consciência e Ordens, regimentada em 13 de maio de 1812 e instalada em 4 de novembro de 1813, ocupando provisoriamente a Casa da Câmara enquanto era aprontada a sua sede oficial na esquina das ruas da Palma e 14 de Julho.

Através do alvará de 6 de fevereiro de 1821, foi autorizada a criação do Tribunal da Relação de Pernambuco em razão das dificuldades causadas pela distância que sofriam os habitantes da Província de Pernambuco de recorrerem à Relação da Bahia para o prosseguimento das suas causas.

Diferentemente da Relação de São Luiz, que constituía uma jurisdição independente da Justiça brasileira, ante o fato de estar diretamente vinculada a Lisboa em todos os seus aspectos e sem relações dignas de consideração com qualquer das capitanias da costa leste que compunham o Estado do Brasil, a de Pernambuco recebia um território até então submetido ao tribunal baiano. Incluía a comarca de Recife, as de Olinda e Sertão, as províncias da Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará-Grande, tendo sido esta última desmembrada da jurisdição originalmente outorgada à Relação Maranhense. A comarca de São Francisco, que assim como as de Recife, Olinda e Sertão pertenciam à província de Pernambuco, continuou, entretanto, mantida dentro da jurisdição da Relação da Bahia por ter maior facilidade de comunicação e acesso àquela cidade.

A instalação do Tribunal da Relação de Pernambuco ocorreu em 13 de agosto de 1822 quando faltava menos de um mês para a declaração da Independência, tomando, como sede provisória, o antigo Erário Régio.

Com o retorno de D. João VI a Portugal, os portugueses, receosos de perder o Brasil, tentaram reduzir o país novamente à condição de colônia de Portugal, o que não surtiu efeitos, pois as combinações de diversos fatores externos e internos acabaram por resultar na independência do país em 7 de setembro de 1822.

4. O DIREITO BRASILEIRO APÓS A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL

Proclamada a Independência em 1822, enquanto seus vizinhos tornavam-se repúblicas, o Brasil adotava o governo monárquico, sendo, assim, o único país sul-americano que se tornou monarquia ao conquistar a independência.

O liberalismo, com a Independência do país, acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo que, apesar de ainda admitir a propriedade escrava e conviver com a estrutura patrimonialista de poder, exerceu um papel determinante na construção da ordem político-jurídico nacional.

Antônio Carlos Wolkmer bem define essa situação:

Trata-se da complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitia o 'favor', o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não-democráticos, o liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço 'juridicista'. (2003, p. 79).

Isso se deve ao fato de que na época da Independência, esse ideário liberal e constitucionalista não atingia majoritariamente a população do Brasil, pois a falência da estrutura educacional fazia com que o ensino atingisse apenas as classes mais abastadas: aristocratas, senhores de engenho, comerciantes e prepostos da Coroa. Dessa forma, apenas poucos alcançavam um grau razoável de instrução e menos ainda chegavam à formação superior.

Instaurado o Império, em 1823, foi convocada a Assembléia Constituinte destinada a decretar as primeiras leis desse novo regime. Instalada, discutiu e decretou várias leis sem, contudo, formular a Lei Maior. A inexperiência dos constituintes aliada a outros fatores provocaram a sua dissolução em 13 de novembro daquele ano. O mesmo decreto que dissolveu a Assembléia Constituinte instituiu o Conselho de Estado com a incumbência de elaborar a Constituição que, em 25 de março de 1824, foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I.

Com a Constituição de 1824, foi adotado o governo monárquico hereditário, constitucional e representativo sendo distribuído em quatro órgãos: o Poder Legislativo, exercido pela Assembléia Geral, o Poder Moderador (poder da competência do Imperador, destinado a velar pela conservação da Independência e para que houvesse equilíbrio e harmonia entre os demais poderes políticos), o Poder Executivo, exercido pelo Imperador e auxiliado pelos Ministros de Estado e o Poder Judiciário que, declarado independente, era composto pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelos tribunais de segunda entrância, os juízes de direito e de paz e os jurados. Acrescente-se, ainda, o fato de que aos juízes de direito de todas as instâncias era assegurada a vitaliciedade, muito embora pudessem ser suspensos dos seus cargos pelo Imperador em virtude de queixas contra ele apresentadas.

A esse respeito discorre Paulo Bonavides:

Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material. (2004, p. 363).

Estabelecia, também, a Constituição de 1824 sobre a divisão do território em províncias (Estado Unitário), assegurou as garantias individuais, definindo a Nação como fonte da soberania e do poder político e instituiu o sistema representativo, o bicameralismo (Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores), eleitos os membros da primeira e nomeados pelo Imperador, os da segunda, que eram vitalícios.

Disponha essa Constituição, também, acerca da organização de um Código Civil e de um Código Criminal, traçando-lhes, desde logo, suas linhas gerais como bem lembra Ralph Lopes Pinheiro:

Estabeleceu-se, outrossim, a organização de um Código Civil e de um Código Criminal, traçando-lhes, desde logo, as suas linhas gerais: garantia do direito de propriedade em toda sua plenitude. Abolição de açoites, marcas de ferro quente e outras penas de excessiva

crueldade. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente e o habeas-corpus é instituído, embora não se empregue ainda esse nome, que só veio com o Código Criminal de 1830. (2006, p. 106, grifo do autor).

A Constituição Imperial era essencialmente uma carta programática dos direitos de primeira geração e do princípio da divisão de poderes, inexistindo, nessa época, o controle de constitucionalidade que só adveio com a Proclamação da República.

Em 18 de setembro de 1828, decorrente de projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos que, após o exame da Câmara e do Senado e a sanção do Imperador D. Pedro I, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, cuja instalação se deu em 9 de janeiro de 1829. Esse Tribunal era composto por dezessete ministros letrados tirados por antiguidade dos desembargadores das relações. Destinado a funcionar como instância final recursal, limitava a conceder e negar revistas, conhecer dos delitos que cometessem seus ministros, desembargadores das Relações, empregados do corpo diplomático e presidentes de províncias e conhecer dos conflitos de jurisdição entre as relações. Constituíam-se em Corte de distribuição de Justiça e não um tribunal de uniformização de jurisprudência, vez que os julgados não vinculavam os Tribunais de Relação das Províncias.

Foi resultante da separação do Brasil de Portugal que os brasileiros perderam o único centro de cultura do mundo de língua portuguesa, a Universidade de Coimbra, fator esse que gerou a necessidade da criação de cursos jurídicos no país.

Em 1827, são implantados, no Brasil, os primeiros cursos jurídicos, um em São Paulo e outro em Olinda, que, posteriormente, foi transferido para Recife em 1854. Como requisito para o ingresso nessas faculdades, era exigido do aluno a idade mínima de quinze anos, além de que este soubesse francês, latim, retórica, filosofia e geometria. A Constituição de 1824, o Código Criminal e o Código de Processo Criminal, constituíam a legislação fundamental no início.

Ainda no ano de 1854, os cursos passaram a chamar Faculdades de Direito, época também que se introduziram duas disciplinas novas, o direito romano no primeiro ano e o direito administrativo no quinto ano. Em 1879, além das faculdades oficiais, abriu-se a possibilidade da criação de outras faculdades

livres, desde que obedecessem às regras estabelecidas para as oficiais no que diz respeito ao currículo e à titulação.

Inspiradas em pressupostos formais de modelos alienígenas, essas primeiras faculdades de Direito contribuíram para elaborar um pensamento jurídico bem distante dos anseios da sociedade agrária da qual grande parte da sociedade encontrava-se excluída e marginalizada.

Com o advento do constitucionalismo e a Independência do Brasil, intensificaram-se, também, os movimentos pela codificação das leis do país o que resultou na elaboração dos primeiros códigos brasileiros: o Código Criminal de 1830 e o de Processo Criminal de 1832.

Sendo considerado o primeiro Código autônomo da América Latina, o Código Criminal de 1830 exerceu influência sobre quase toda a legislação penal latino-americana, através dos Códigos espanhóis de 1848, 1850 e 1870, que, em muitos pontos, se inspiraram no padrão brasileiro. Adotou esse Código, dentre outros, o princípio basilar *nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). Manteve-se ainda fiel ao princípio da proporcionalidade entre os delitos e as penas, tomou a pena como exclusiva do condenado e começou a utilizar a privação de liberdade como forma de punição apesar de ainda manter a pena de morte para certos crimes como o homicídio.

Dessa maneira, a pena de morte, até a segunda metade do século XIX, foi largamente utilizada e aplicada até que, por um terrível erro judiciário, Manuel da Mota Coqueiro, injustamente, foi enforcado em 1855. Esse triste episódio, considerado um marco da história da pena de morte no país, abalou a população de Macaé, após se descobrir que Mota Coqueiro que tinha sido morto em decorrência de sua condenação, não havia cometido o crime que lhe foi imputado. Foi, então, a partir desse fato que o Imperador Pedro II decidiu que, dali em diante, ninguém mais seria enforcado no Brasil, e passou a comutar a pena de morte sistematicamente, não autorizando a execução de mais ninguém, transformando-as em penas de Galés perpétuas.

Logo após a abdicação de D. Pedro I, a grande vitória legislativa dos liberais foi a promulgação do Código de Processo Criminal em 1832. Sendo um projeto de Manuel Alves Branco, sua criação alterou substancialmente o direito brasileiro uma vez que praticamente pôs fim ao sistema judicial antigo, introduzindo novidades completas trazidas da Inglaterra como o Tribunal do Júri e o recurso de *habeas corpus*. Esse código suprimiu ainda o sistema inquisitório do Livro V das Ordenações Filipinas que foi substituído por um

juizado de instrução, de perfil contraditório, sob a direção do juiz de paz, leigo e eleito.

Fruto de projeto de José Clemente Pereira, em 1850, é aprovado o Código Comercial, encerrando-se, assim, o ciclo das grandes codificações do Império. Esse código, após ter passado por um lento processo de redação parlamentar, veio pôr fim a muita coisa que existia em função das Ordenações e configurou-se num modelo normativo para diversas legislações mercantis latino-americanas, uma vez que refletia as melhores idéias a respeito do Direito Comercial. Reproduzindo a conveniência de relações mercantis e os interesses contratuais e obrigacionais da elite local, este código serviu, também, como parte de direito privado comum, enquanto não surgiu o Código Civil.

Essas reformas processuais, ao longo do Período Imperial, visavam, sobretudo, sistematizar o mar de preceitos, mas não queriam ainda democratizar o acesso à justiça e isso justifica o insucesso obtido com as três tentativas de Codificação Civil que atravessaram o período, destacando-se entre elas o avançado esboço de Teixeira de Freitas que, publicado em 1860, exerceu profunda influência na feitura da legislação de outros países, particularmente da Argentina.

A Constituição de 1824, apesar de algumas alterações posteriores, vigorou até a Proclamação da República em 1889, quando se deu a queda do Império e o advento de um novo sistema institucional.

Proclamada a República, estabeleceu-se o governo provisório, que governou por decretos até a promulgação da nova Constituição. Seguindo o modelo norte-americano, a centralização política prevista na Constituição Imperial foi então substituída pela descentralização político-administrativa, de modo que o país passou a ser constituído por Estados-Membros dotados de autonomia econômica e administrativa, inclusive com poder para elaborar sua própria Constituição.

Nesse período, cria-se, ainda, o Supremo Tribunal Federal que passaria a exercer o controle de constitucionalidade das leis e, por meio do decreto nº. 848 de 11 de outubro de 1890, o Ministério Público passa a ser reconhecido como órgão institucional.

Sendo promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi considerada a mais estável das Constituições brasileiras, pois durante seu período de vigência (39 anos), sofreu apenas uma única reforma, a Emenda Constitucional de 1926. Estabelecia, basicamente, esta Constituição a forma de governo republicano, a federação

dos vinte Estados, o sistema presidencialista, a divisão do poder em três ramos: executivo, legislativo e judiciário, a eleição do presidente e dos membros do poder legislativo diretamente pelo povo, o mandato presidencial de quatro anos e a separação entre a Igreja e o Estado, criando, assim, um regime político laico.

Esta constituição, porém, pouco avançou em relação ao liberalismo da monarquia parlamentar, pois silenciou completamente sobre qualquer direito social e manteve sem direitos políticos a maioria da população, como já ocorria no Império negando qualquer direito de votar e ser votado a analfabetos, mulheres, menores de idade, mendigos, militares sem patente de oficial e membros das ordens religiosas.

Todavia, mudanças substanciais ocorreram no âmbito jurídico do país. Podemos destacar a introdução do controle de constitucionalidade difuso no nosso sistema, onde a partir de 1891, todos os juízes poderiam deixar de aplicar uma lei por considerá-la contrária à Constituição. Além disso, houve, também, a federalização da justiça, de modo que passou a existir uma justiça estadual e uma justiça federal. Criou-se, ainda, o Tribunal de Contas, o segundo Código Penal, aprovado pelo decreto n.º 847 de outubro de 1890 e o Código Civil vindo a substituir as ordenações portuguesas.

As razões que justificam a elaboração de um novo Código Penal decorrem da abolição da escravatura pelo advento da Lei Áurea de 1888 que tornou obsoletos vários dispositivos desse Código, motivando, assim, sua imediata revisão. Veio este Código a abolir a pena de morte, só admitindo esta no caso da legislação militar em tempo de guerra. Todavia, por ter sido feito às pressas, ignorou completamente os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, já nascendo desatualizado em relação à ciência penal da época. Sucessivas reformas o acompanharam, avolumando leis esparsas de retificação ou complementação, até a chegada da Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932 que perdurou até a criação do Código Penal de 1940.

Quanto à criação do Código Civil, este já era previsto na Constituição Imperial de 1824, porém, foi apenas em 1916, quase um século depois, e, após longa tramitação no Congresso e no Senado, que o código foi sancionado e promulgado. Sendo fruto do projeto de Clóvis Beviláqua, o Código Civil entrou em vigor a partir de 01 de janeiro de 1917. Neste código, encontravam-se regras de caráter genérico, fixando os conceitos primordiais acerca das pes-

soas, dos bens, e dos atos jurídicos, além de um conjunto de regras especiais envolvendo a pessoa, a família e o patrimônio, descrevendo os direitos a estas categorias atinentes, como o direito de família, o direito das obrigações, o direito dos contratos, a responsabilidade civil, o direito das coisas e o direito das heranças.

Saliente-se que, no que diz respeito às questões processuais, esta Constituição transferiu para os estados a competência para legislar sobre o processo e a organização judiciária.

A revolução de 1930 pôs abaixo a Primeira República e instituiu um governo provisório que trouxe Getúlio Vargas ao poder, iniciando-se, assim, uma nova fase onde há uma preocupação maior com as questões sociais.

É, portanto, um período marcado por grandes mudanças como bem descreve Gleuso Damasceno Duarte:

Nesse período introduziram-se importantes alterações no panorama político-administrativo: criação da Justiça Eleitoral; obrigatoriedade do voto e sua extensão às mulheres, em caráter facultativo; promulgação do primeiro Código Eleitoral Brasileiro; criação das Juntas de Conciliação e Julgamento (1932), órgão embrionário da Justiça do Trabalho; criação de dois ministérios: o do Trabalho, Indústria e Comércio e o da Educação e Saúde Pública (1930). (1979, p. 112).

Em 16 de julho de 1934, é promulgada a terceira Constituição do país. Apesar de manter a estrutura política da Constituição de 1891, inovou definindo os direitos políticos e instituindo o sistema eleitoral, admitiu o voto feminino, acrescentou à estrutura do poder judiciário a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. Incluiu capítulos relativos à Ordem Econômica e Social, Família, Educação e Cultura, que, até então, não existiam, criou o mandado de segurança, regulou os problemas da segurança nacional, estatuiu princípios sobre o funcionalismo público, tratando inclusive da estabilidade, dentre outros.

Merece enfatizarmos, ainda, entre as garantias funcionais estabelecidas, uma grande inovação trazida pela Carta Magna de 1934, a instituição de concurso para os cargos públicos, como bem salienta José Reinaldo de Lima Lopes:

Outra inovação importante e determinante do ponto de vista histórico foi a exigência de concurso público para o ingresso nas

carreiras da Administração, no Judiciário e no Ministério Público. Com todas as dificuldades que o sistema apresentou, significava democratizar o acesso e abrir as portas do Estado para constituir um serviço público profissionalizado, no qual poderia ingressar a classe média escolarizada. (2002, p. 387).

Dentre os direitos sociais estabelecidos, cumpre destacar que, aí, incluíam, também, os direitos dos trabalhadores, entre os quais estava o salário mínimo, a assistência médica, as férias, bem como o reconhecimento dos sindicatos. Todavia, lembramos que a justiça do trabalho (Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação), criada na época, não compunha o Poder Judiciário, sendo apenas um mero órgão administrativo sem autonomia.

Tendo, contudo, uma breve e precária existência face às problemáticas de cunho político que marcaram o período, essa constituição foi logo suprimida pela Constituição de 1937.

Uma vez instalada a ditadura, no período conhecido como Estado Novo, a nova Constituição, dessa vez outorgada, não teve aplicação regular, pois, objetivando inclusive da preservação das próprias instituições, dispunha acerca da pena de morte e apesar de manter os direitos sociais criados pela Constituição de 1934, muitos de seus dispositivos permaneceram como letra morta. Para exemplificarmos, fazemos referência às disposições transitórias dessa Constituição que estabeleciam que a mesma seria submetida a plebiscito a fim de ser aprovada ou não pelo povo brasileiro, o que não foi realizado. Saliente-se, ainda, que a outorga nessa constituição brasileira não foi novidade, pois o mesmo aconteceu com a Constituição Imperial de 1824. No entanto, esta foi a primeira vez que se impôs um texto constitucional sem debates preliminares, já que a Constituição de 1824 havia sido elaborada com representatividade na sociedade da época.

Foi um período de exacerbado autoritarismo, caracterizado pela centralização político-administrativa, onde muitas atribuições dos Estados passaram a ser da competência da União e o direito de intervenção federal foi ampliado. A preponderância do Executivo, sendo o Presidente da República declarado a autoridade suprema do Estado cabendo-lhe iniciar e orientar o processo legislativo, decidir a política interna e externa, coordenar e supervisionar toda

a administração nacional acabou ocasionando o rompimento da doutrina da separação e harmonia dos poderes.

Como consequência desse caráter centralizador, a Carta de 1937, apesar de extinguir a Justiça Federal e Eleitoral, criou o Ministério da Aeronáutica em 1941, promulgou, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, e vários outros códigos, como o de Minas, o de Propriedade Industrial, o de Processo Civil de 1939, o Penal de 1940, o Penal Militar e o de Processo Penal de 1941, criando, assim, um arcabouço institucional que não foi desmontado nas décadas seguintes.

Cumprir destacar, porém, que, apesar da pena de morte ter sido instituída pela Constituição de 1937, o legislador ordinário, que redigiu o Código Penal de 1940, afastou-se da Constituição vigente à época e não incluiu a pena capital entre suas sanções penais.

A queda de Getúlio Vargas, em 1945, marca o fim do regime ditatorial, levando, assim, ao estabelecimento de uma nova ordem política, consubstanciada na Carta de 1946.

Fruto do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no país, a Constituição de 1946 veio retomando os princípios fundamentais da de 1934 acrescentando algumas conquistas como o direito de greve, a proteção ao trabalhador rural e a participação do empregado nos lucros da empresa.

Conservadora e equilibrada, a nova Constituição manteve as tradições democráticas, federalistas e judiciaristas, restaurando a tentativa de conciliar dois elementos antagônicos pelo menos na prática: o Liberalismo Econômico e Direitos Sociais/Trabalhistas. Criou o Tribunal Federal de Recursos, restabeleceu a Justiça Federal e Eleitoral, manteve a Justiça Militar e trouxe a Justiça do Trabalho para o Judiciário. Saliente-se, ainda, que, foi por força dessa constituição, que o os tribunais estaduais passaram a ser chamados de tribunais de justiça.

Acrescente-se, ainda, o fato de que, em 1961, essa Constituição passou por uma importante reforma com a adoção do parlamentarismo, que só foi anulada com o plebiscito de 1963, que restaurou o regime presidencialista.

Após sofrer vinte e uma emendas e o impacto de quatro atos institucionais e sete atos complementares, a Constituição de 1946 acabou sendo substituída pelo advento da Constituição de 1967. Promulgada, essa nova carta, sob a influência da Carta Política de 1937 cujas características básicas assimilou, vem para resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, institucionalizando a ditadura do Regime Militar de 1964. Essa Constituição,

considerada a sexta do país, manteve a estrutura do Poder Judiciário, que só veio mesmo a ser alterada pelo Ato Institucional n.º 5 de 13-12-68.

Profundas alterações no Poder Judiciário advieram pelo Ato Institucional n.º 5, retirando-lhe várias prerrogativas e diminuindo o seu poder. Dentre elas, destacamos a suspensão das garantias constitucionais de vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados, de modo que o Presidente da República, por decreto, podia demitir, remover, aposentar ou colocar os juízes em disponibilidade, excluiu da apreciação judicial qualquer medida praticada com base em seus dispositivos, além de suspender a garantia do *habeas corpus*.

Por surgir dentro de um período conturbado, marcado por crises periódicas que retrataram, sobretudo, a instabilidade constitucional, a Carta de 1967 foi alterada substancialmente pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 e outras posteriores.

É com o advento da Emenda Constitucional n.º 7 de 13-4-77, alterando o art. 112 da Constituição que surge, como órgão integrante do Poder Judiciário, o Conselho Nacional da Magistratura. Esse órgão, composto por sete Ministros do Supremo tribunal Federal, destinava a conhecer as reclamações contra membros de tribunais, podendo, inclusive avocar processos disciplinares contra juízes de primeiro grau. No entanto, foi um órgão que desapareceu com a instituição da Constituição de 1988.

5. A ESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL

Uma nova etapa de transição surge com o advento da Constituição de 1988. Consolidando a ruptura com o regime autoritário militar que foi marcado pela supressão de direitos constitucionais, nesse novo processo de redemocratização do país, abriu-se a oportunidade para combinar a igualdade política formal típica do liberalismo, com o reconhecimento de direitos sociais que garantissem alguma medida de igualdade real. Passou-se do governo de um só poder para o governo dos três poderes, do regime do decreto-lei para o regime da Constituição.

Sobre o assunto, pertinentes são as colocações de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

[...] a Constituinte abriu as portas à presença popular e fez a sociedade participar por via de grupos e correntes que ajudaram

a formular, com iniciativas de colaboração, o projeto finalmente aprovado e convertido em lei magna. Um fato, aliás – cabe acentuar –, sem precedente em toda a história constitucional do Brasil. Colocou-nos ele tão perto da realidade, do instante concreto, que a Constituinte congressional perdendo em parte o traço elitista, típico das Constituintes passadas, soube congregar o povo e ouvir a sua palavra, soube auscultar os centros de opinião e dialogar com o País. (1991, p. 487).

Ampliando significativamente os mecanismos de proteção judicial, estabelece a nova carta política o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, reforça a proteção dos direitos e liberdades constitucionais, restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, faz da tortura, do racismo e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis dentre outros.

No âmbito dos direitos sociais básicos, veio definindo princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, além de estabelecer os objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais. Abrange ainda, genericamente, os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desempregados.

Nesse sentido, assinala Paulo Bonavides:

[...] o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934. Formam esses direitos a espinha dorsal do Estado social brasileiro na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana. (2004, p. 374).

Com vistas a dar maior efetividade aos direitos fundamentais, vem a Constituição de 1988, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos, estruturando o Poder Judiciário

no título da “Organização dos Poderes” (Título IV), sendo quase exaustiva em estabelecer normas gerais quanto à estrutura e organização desse poder.

A Constituição de 1988, podendo ser considerada como a melhor das Constituições brasileiras de todas as épocas, além de definir maior liberdade e direitos ao cidadão, estabeleceu a independência financeira do Judiciário, e a iniciativa de lei para as matérias de interesse da sua administração. Criou o Superior Tribunal de Justiça, como órgão de cúpula da Justiça Comum (estadual e federal), bem como o TST, TSE e STM nas Justiças Especializadas. Instituiu, ainda, os Juizados Especiais (cíveis e criminais) e conferiu independência ao Ministério Público em relação aos três poderes, apresentando-se, outrossim, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado para a defesa do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis.

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça, como uma das novidades implantadas pela Constituição de 1988, foi concebido para desafogar o Supremo Tribunal Federal, recebendo, assim, parte da competência que era reservada a este último, mais especificamente a revisão da afronta a leis federais.

A esse respeito, importantes são as considerações de Marcus Orione Gonçalves Correira:

Assim, enquanto o Supremo é tido precipuamente como guardião do sistema constitucional, o Superior Tribunal de Justiça é de forma precípua guardião do sistema federativo, devendo zelar como principal atribuição estabelecida pela atual Constituição, pela preservação da lei federal. Esse tribunal tem competências: a) originária (enquanto julgador primeiro e único de certas causas); b) ordinária (enquanto órgão revisor de certas causas) e c) especial (enquanto revisor de causas em que há afronta à lei federal). (2006, p. 56).

A competência do Superior Tribunal de Justiça está elencada no art. 105 da Constituição da República.

Observando a atual estrutura do Poder Judiciário, podemos perceber que há uma divisão em justiça comum e justiça especial. A justiça especial se ramifica em militar, eleitoral e trabalhista e são consideradas justiças especializadas porque apenas tratam de matérias determinadas; já a justiça comum é aquela

que abrange todos os feitos, excluídos os determinados como competência da justiça especializada.

Esclarecemos, ainda, que os órgãos da Justiça estão divididos em entrância, consistente na divisão administrativa das comarcas espalhadas no Estado, ficando a cargo do Tribunal de Justiça a sua denominação, e instância, que corresponde ao grau jurisdicional, partindo os recursos de uma instância para outra.

É com base nessa divisão que a estrutura judiciária está assentada da seguinte forma: 1ª instância composta por Juízes de Direito e Juizes Federais; 2ª instância, constituída pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais; 3ª Instância, pelo Superior Tribunal de Justiça; 4ª instância com a presença do Supremo Tribunal Federal.

No tocante à magistratura, apresenta a Constituição de 1988 algumas vedações destinadas a proteger a imparcialidade dos juizes e as garantias para concretizar sua independência, além de algumas prerrogativas que foram estabelecidas para resguardar os seus direitos.

É visando assegurar a liberdade funcional da magistratura e, conseqüentemente, reforçar a independência do Poder Judiciário, possibilitando dessa forma que o exercício da prestação jurisdicional seja realizado com absoluta liberdade, que são conferidas as garantias. Estas se encontram dispostas no art. 95, I a III da Constituição, consistentes na vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

No tocante às proibições, mais conhecidas como “garantias de imparcialidade”, encontramos, dentre outras, a proibição aos magistrados de exercer outro cargo ou função ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério, a proibição de receber a qualquer título ou pretexto, custas ou participação no processo e ainda da proibição de exercer atividades político-partidárias.

6. A JUSTIÇA DE PAZ NO BRASIL

Criada pela Constituição Imperial de 1824, com base nas velhas Ordenações do Reino de Portugal, a justiça de paz, sendo despida de qualquer formalidade e apta à compreensão do povo brasileiro, se apresenta como uma possível solução para as pequenas demandas, juntamente com os juizes leigos, os árbitros e conciliadores.

Seu surgimento refletiu da manifestação inequívoca do espírito liberal que inspirou o texto de nossa primeira Constituição, fortemente influenciada

pelos ideais liberais que suscitaram a Revolução Francesa de 1789, já bastante disseminados na época.

Em substituição aos antigos juízes ordinários no âmbito municipal durante o Império, tinham esses novos juízes a função primordial de buscar a conciliação entre as partes, por todos os meios pacíficos que estivessem ao seu alcance, nas causas cíveis em geral. Essa tentativa de conciliação deveria ser feita antes mesmo da propositura da demanda, servindo como preliminar obrigatória para o ingresso no Juízo contencioso, de modo a agilizar a justiça e resolver, assim, as pequenas causas pela via de negociação amigável. Eram esses juízes eleitos através de votação popular juntamente com os vereadores municipais, não sendo exigido o grau de bacharel em Direito, razão pela qual, dependendo da região em que atuavam, eram chamados de “juiz distrital” ou “juiz leigo”.

Depois de 1832, os juízes de paz adquiriram um perfil mais coercitivo e de controle quando seus poderes foram estendidos à jurisdição penal.

Sobre esse assunto, discorre Antônio Carlos Wolkmer:

Esses juízes de paz eleitos, que tinham atribuições policiais e criminais, possuíam igualmente poderes para atuar na formação da culpa dos acusados, antes do julgamento, e também de julgar certas infrações menores, dando termos de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por vício, meretrizes escandalosas e baderneiros. Além desses crimes, as demais infrações deveriam ser julgadas pelos juízes criminais. As infrações da alçada dos juízes de paz eram chamadas crimes de polícia. (2003, p. 87). Com o advento da República e o surgimento de sua primeira Constituição em 1891, coube aos estados a iniciativa de legislar sobre o processo, razão pela qual, alguns estados como São Paulo e Rio Grande do Sul ainda mantiveram a figura do juiz de paz.

As Constituições de 1934 e 1937 conferiram aos estados poderes para manter a justiça de paz eletiva e fixar sua competência, mas com a ressalva de que os recursos de suas decisões deveriam ser interpostos perante a Justiça Comum.

A Constituição de 1946 manteve a justiça de paz temporária, com competência para celebração de casamentos e outros atos previstos em

lei e atribuição judiciária de substituição, exceto nos julgamentos finais ou recoráveis.

Acolhendo a disposição inserida na Constituição de 1946, a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, não inovaram sobre a matéria.

A atual Constituição vem tratando do assunto no seu art. 98, II, ao qual estabelece a criação da Justiça de paz pela União (no Distrito Federal e Territórios) e pelos Estados por meio de eleição direta, dispondo, ainda, sobre suas competências, tais como celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face impugnação apresentada, processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias sem caráter jurisdicional.

Alguns estados já legislam sobre o assunto, como exemplo citamos o estado de Minas Gerais.

Em Minas Gerais, a matéria é tratada pela lei n.º 13.454 de 12 de janeiro de 2000. Vem essa lei dispor acerca do processo eleitoral, atribuições e competência de juiz de paz. Confere atribuições para presidir, celebrar e apreciar impugnação do casamento, expedir atestado de residência, de vida, de viuvez ou de miserabilidade, mediante requerimento do interessado ou requisição de autoridade pública, fazer conciliações, tornar-se intermediário na solução de pequenas demandas, arrecadar bens de ausentes ou vagos até que intervenha autoridade competente, processar auto de corpo de delito, de ofício ou a requerimento da parte, e lavrar auto de prisão, em caso de ausência, omissão ou recusa da autoridade policial, prestar assistência ao empregado nas rescisões do contrato de trabalho, quando inexistirem, na localidade, os órgãos previstos no artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre outros.

Os candidatos, segundo a lei que interessarem pelo processo de habilitação para as eleições do cargo de juiz de paz, deverão, todavia, preencher os seguintes requisitos: ser brasileiro nato ou naturalizado; estar em pleno exercício dos direitos civis e políticos; estar em dia com as obrigações eleitorais; estar quite com as obrigações militares, se do sexo masculino; ter domicílio eleitoral no distrito ou subdistrito pelo qual se candidatar pelo prazo de, pelo menos, um ano antes da data da eleição; ter sua filiação deferida pelo partido, pelo menos, um ano antes da data da eleição; ter idade mínima de vinte e um anos; comprovar idoneidade moral, mediante atestado de autoridade judiciária ou policial; ser alfabetizado.

Importante frisar que, sobre essa lei, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

2938, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, contra vários de seus dispositivos. Entre os dispositivos questionados estavam os artigos 2.º e 3.º. No tocante ao artigo 2.º, quanto às eleições para juiz de paz serem realizadas simultaneamente com as eleições municipais, na forma estabelecida pela lei e mediante a aplicação subsidiária do Código Eleitoral, a única parte considerada inconstitucional foi a terminologia “subsidiária” empregada. Já no que se refere o artigo 3.º, cuja disposição estipula que o juiz de paz deve ser eleito de acordo com o princípio majoritário, para mandato de quatro anos, pelo voto do eleitorado do respectivo distrito, este foi considerado totalmente constitucional, vez que a própria constituição dispõe a respeito.

O artigo 4.º da lei também foi questionado assim como os artigos 5.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10, da lei mineira, onde os ministros, por maioria, julgando improcedente a ADI, declarou-os constitucionais. Saliente-se, todavia, que artigo 6.º, também objeto da referida ação e que trata de requisitos de elegibilidade, foi declarado inconstitucional pelo plenário, por unanimidade.

Com relação ao artigo 15, que prevê sobre as competências do juiz de paz, todos seus incisos foram analisados. Foram declarados constitucionais, dentre outros, os incisos que dispunham sobre a possibilidade de o juiz de paz arrecadar bens de ausentes até a intervenção de autoridade competente, ante o fato da Constituição Federal no seu artigo 98, inciso II, outorgar ao juiz de paz outras atribuições de caráter não jurisdicional, previstos em legislação estadual; a possibilidade dos juízes de paz atuarem como peritos em processos, também sob o mesmo argumento anterior; a possibilidade de o juiz de paz nomear escrivão em caso de arrecadação de bens de ausentes.

Por outro lado, os ministros julgaram inconstitucional o inciso VIII do artigo 15, que permite ao juiz de paz processar auto de corpo de delito e lavrar auto de prisão, por se tratar de matéria processual penal, bem como o inciso IX do artigo 15, que permite a prestação de assistência ao empregado nas rescisões de contrato de trabalho que foi declarado inconstitucional. E ainda, a expressão “e garante direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento”, contida no artigo 22 da lei mineira, foi declarada inconstitucional, por maioria, por envolver matéria de processo penal.

Além de Minas Gerais, outro exemplo que encontramos regulamentação dos juízes de paz está no Estado do Rio de Janeiro, onde a Resolução n.º 06/97 do Tribunal de Justiça dispõe acerca do exercício das funções do juiz de paz.

Esse ato administrativo restringe a competência do juiz de paz à celebração de casamentos até que lei ordinária amplie suas funções no nível determinado

pela Constituição. Enquanto não há lei dispendo a respeito, a escolha do juiz de paz, nesses casos, caberá ao juiz togado, devendo a indicação ser encaminhada ao presidente do tribunal de Justiça, que a submeterá ao Conselho da Magistratura para que se proceda em seguida a sua nomeação. O candidato deverá ser bacharel em direito e com residência no distrito ou na circunscrição onde exercerá o cargo. Acrescente-se, ainda, que é de quatro anos o período de exercício da função.

Não obstante alguns estados já tratem do assunto, passaram-se quase 20 anos da promulgação da Carta Magna e os juizes de paz ainda não viram o artigo 98 da Lei Maior ser regulamentado. Cabe, pois, aos estados que ainda não disciplinaram acerca dos juizes de paz tratem do assunto uma vez que estes, solucionando questões de menor importância, poderiam a ajudar a desafogar o Poder Judiciário brasileiro, contribuindo significativamente para agilizar as causas.

7. A RECENTE REFORMA E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS COM A EC45/04

Buscando alterar a estrutura de funcionamento do Poder Judiciário para lhe dar mais racionalidade e transparência, a Emenda Constitucional de n.º 45, cuja proposta tramitou por cerca de 13 anos no Congresso, é aprovada em 17 de novembro de 2004.

Por ser considerada uma das grandes mazelas do judiciário e que prejudica a efetiva prestação jurisdicional, a morosidade da justiça vem sendo combatida com a instituição dessa reforma.

Com vistas a diminuir a carga de trabalho do Supremo, a presente reforma cria a súmula vinculante, alcançando tanto os órgãos do Poder Judiciário, como também a administração pública direta e indireta nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

Súmulas vinculantes, para melhor esclarecermos, são aquelas súmulas da competência do Supremo Tribunal Federal, estabelecidas de ofício ou por provocação, aprovadas mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre determinado assunto.

Em relação ao tema, discorre José Afonso da Silva:

Tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre

órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...] se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o Supremo tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3.º). (2005, p. 565-566).

Incumbido de zelar pela autonomia e legalidade dos atos administrativos praticados pelos integrantes do Poder Judiciário, surge ainda o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão que integra o Poder Judiciário sendo composto por 15 representantes da magistratura, do Ministério Público, de advogados e da sociedade, escolhidos estes últimos pela Câmara e pelo Senado.

Semelhante às atribuições do CNJ, vem, com a reforma, o Conselho Nacional do Ministério Público, composto por 14 integrantes.

Na visão de José Afonso da Silva:

Esse tipo de órgão externo é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial, como também porque impede que os integrantes do Poder Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado. Sob outro aspecto, não é desprezível a idéia de que esse tipo de órgão contribua para dar legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo. O Conselho Nacional de Justiça, criado pelo art. 103-B introduzido na Constituição pela EC-45/2004, assume algumas dessas funções e, por isso, juntamente com o Conselho Nacional do Ministério Público, certamente

poderá prestar bons serviços ao sistema nacional de administração da Justiça, embora seja tipicamente um órgão interno do Poder Judiciário, pelo predomínio de magistrados em sua composição. (2005, p. 567-568).

Outra novidade dessa emenda é a equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ao status de emenda constitucional, desde que sejam aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos de deputados e senadores.

Dispôs, também, acerca da justiça itinerante conferindo aos tribunais estaduais e federais instituí-los para levar atendimento judiciário até o cidadão principalmente em locais de difícil acesso como favelas ou pequenas cidades.

Sobre o assunto, oportuna é a consideração feita por André Domingues Figaro:

Importante ressaltar, no entanto, que o sistema previsto depende para seu funcionamento, além dos 'equipamentos públicos e comunitários' descritos na norma constitucional da efetiva participação do Ministério Público do Trabalho e da Defensoria Pública da União. (2005, p. 45).

No âmbito da Justiça do Trabalho, a principal alteração trazida por essa emenda foi com relação à sua competência quando dispôs, no novo art. 114, inciso I, que compete à justiça do trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com exceção dos servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação. Nota-se, assim, que, de acordo com o novo texto, a competência que antes era restrita a conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, ou seja, relação de emprego subordinado, agora, passa a ser para processar e julgar as ações oriundas de relação de trabalho.

Sua competência se estende ainda àquelas ações que envolvam exercício do direito de greve, as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores, ao julgamento

de *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho dentre outras.

Cumprе esclarecer, todavia, que, no tocante às ações de indenização decorrentes de acidente do trabalho, a competência será da justiça comum estadual e não da Justiça do Trabalho.

Acrescente-se, também, o fato de que, com a emenda, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou a contar com mais dez novos ministros na sua composição, perfazendo, agora, um total de 27 ministros, e que foi prevista a possibilidade de juizes de Direito atuarem como juizes do Trabalho em locais não cobertos por vara trabalhista.

Buscando impedir que bacharéis ingressem na magistratura sem um mínimo de efetiva experiência profissional, veio essa emenda dispor sobre a necessidade de três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira.

Afere acerca do tema André Domingues Figaro:

Até o advento da EC 45, os requisitos para o ingresso na Magistratura eram fixados por cada Tribunal, no edital de abertura do concurso público. Alguns exigiam um determinado período de advocacia ou de outro cargo jurídico privativo de bacharel, outros impunham um prazo mínimo da colação de grau, etc. A nova normatização uniformizou tais critérios determinando que o candidato tenha no mínimo, três anos de 'prática jurídica' (2005, p. 19).

Deve, pois, conforme dispõe a Súmula 266 do STJ, a habilitação formal para o exercício do cargo ser comprovada no momento da posse.

Ainda sobre o assunto, no entender de Walber de Moura Agra:

Não há nenhum tipo de inconstitucionalidade que paire sobre essa restrição. Não houve nenhum cerceamento discriminatório, seja por idade ou qualquer outro requisito. Ele se configura compatível com a natureza dos referidos cargos devido à complexidade do exercício de suas funções e da necessidade de que seus membros realmente estejam preparados para o desempenho de tão relevante múnus público. (2006, p. 421).

Tratou, também, a reforma de federalizar os crimes contra os direitos humanos de modo que, agora, os crimes como tortura e homicídio praticado por grupo de extermínio, poderão ser julgados pela Justiça Federal desde que o procurador-geral da República manifeste interesse perante o Superior Tribunal de Justiça.

Com relação à questão, manifesta Edmilson Rufino de Lima Junior's:

Trata-se, como apontado pelo próprio Poder Constituído Reformador, de incidente de deslocamento de competência que, suscitado pelo Procurador-Geral da República e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilita a transferência do procedimento investigatório ou do processo do juízo estadual para o juízo federal, desde que se trate de causas em que ocorra grave violação de direitos humanos. Nota-se, de plano, que não há delimitação sobre a espécie de causa a que o dispositivo se refere, podendo, em princípio, incidir nas searas cível e penal. (2005, grifo do autor).

Medida de menor impacto, porém extremamente útil trazida por essa reforma, foi a extinção do recesso forense, tornando, agora, ininterrupta a tutela jurisdicional. Pela disposição do novo art. 93, XII, destina-se essa medida a garantir o pleno acesso à justiça atendendo as pessoas sem interrupção em todos os dias do ano. Impõe-se, com a mudança, atendimento até mesmo nos fins de semana e feriados com plantão permanente de magistrados.

Essas e outras modificações trazidas pela Emenda 45 são mudanças que, como pudemos ver, alteram tanto a estrutura do órgão judiciário quanto o seu funcionamento visando, sobretudo, renovar e reafirmar a importância do exercício da função jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pudemos perceber, com o presente trabalho que a evolução jurídica do direito brasileiro foi marcada pela forte influência do Direito Português nos primórdios do seu descobrimento, durante a fase colonial e que, com o passar do tempo, evoluiu de tal modo que passou a influenciar outros países. Um bom exemplo disso é o Código Criminal de 1830, já na fase imperial e que exerceu influência sobre quase toda a legislação penal latino-americana.

Outro ponto ainda a ser considerado de grande importância adveio com a vinda da Família Real e a posterior criação da Casa da Suplicação do Brasil em 1808, que tornou o país juridicamente independente de Portugal antes mesmo de ter conquistado sua independência política.

Avanços significativos nos trouxeram as Constituições Brasileiras com a criação de vários institutos jurídicos e também alguns retrocessos como as épocas ditatoriais vividas.

O crescimento do poder judiciário veio juntamente com o crescimento da sociedade, expressando nas várias formas de facilitar seu acesso e desafogar a máquina judiciária. Com base nisso, na busca de solucionar as questões de menor importância que a justiça de paz surge como um meio alternativo estando apta a dar uma importante contribuição para agilizar essas causas, cumprindo não só a função profissional lógica e burocrática, mas também, exercendo um papel subjetivo junto à população, fazendo valer os direitos sociais garantidos na constituição às classes menos favorecidas.

Percebemos, ainda, que, no direito moderno, existe uma maior preocupação das nossas instituições em garantir cada vez mais a celeridade da prestação jurisdicional com vistas a assegurar, ao mesmo tempo, a razoável duração do processo, bem como estabelecer medidas voltadas à aceleração do tempo de solução das demandas. Tanto isso é verdade que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, surge a súmula vinculante, a justiça itinerante, há a ampliação no rol de competências da justiça do trabalho, dentre outros.

A instituição dessa reforma aliada a tantas outras que surgem vem indubitavelmente representando um passo significativo para o desenvolvimento de nossas instituições e para a segurança jurídica do país, são meios que visam, sobretudo, garantir um melhor funcionamento da justiça.

Ao fim do presente trabalho, ressaltamos que nossa contribuição científica modestamente confessada cingiu-se em apresentar alguns dos principais fatos que marcaram a história dos 200 anos do Poder Judiciário, sem, contudo, tratar do assunto de maneira exaustiva.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANGELIM, Augusto Sampaio. **Justiça secular e eclesiástica no Brasil Co-**

lonial. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4272>> Acesso em: 29 set. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília – DF, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 jun. 2007.

BRASIL. **Lei n.º 13.454, de 12 de janeiro de 2000**. Regulamenta a Justiça de Paz no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/legisfam014.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

BRASIL, **Senado Federal**. Proposta de Emenda à Constituição n.º 68 de 2005. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível a partir de: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIn 2938. Juiz de Paz, Processo Eleitoral e Atribuições. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=2938.NUME.+E+\\$ADI\\$.SCLA.&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=2938.NUME.+E+ADI.SCLA.&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 01 nov. 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 955p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016> Acesso em 29 set. 2007.

BOUCAULT, Ricardo Magalhães. **Juiz de paz é a aposta da sociedade para se ter a consciência em paz!** Disponível em: <<http://www.iinjp.org.br/comunicados/tribunadodireito/tribunadodireito.htm>> Acesso em: 28 out. 2007.

BUBENECK, Celso; COSTA, Lígia Rolim da. A Fera de Macabu: Tiraram-lhe a vida, sem contudo provar-lhe a culpa. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, n. 38, p. 40-45, maio 2005.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Fatos marcantes no STF. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 202, p. 52-54, jun. 2005a.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Juizados de Paz. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 206, p. 38-39, ago. 2005b.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *et al.* Sucessão no Supremo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 218, p. 23-30, fev. 2006.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 38, p. 289-303, jan. 2002.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ministros classistas**: Projeto muda regras para escolha de ministros do STF. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40089,1>>. Acesso em: 03 nov. 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Gleuso Damasceno. **Conjuntura atual em OSPB**. Belo Horizonte, 1979.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Pena de Morte – O erro anunciado**. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo333.shtml>> Acesso em: 28 out. 2007.

FIGARO, André Domingues. **Comentários à reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HETEL, Daniel Roberto. **Aspectos processuais da Emenda Constitucional n.º 45**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. 654p.

LENZA, VITOR BARBOZA. **Solução alternativa de conflitos e os juizados especiais**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero17/painel45.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

LIMA JUNIOR'S, Edmilson Rufino de. **A federalização dos crimes contra os direitos humanos à luz dos princípios federativo e do juízo natural**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7383&p=1>> Acesso em: 09 nov. 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARCIEL, José Alberto Couto. *et al.* Congresso Promulga a Reforma do Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 190, p. 24-39, dez. 2004.

MARCIEL, José Fábio Rodrigues. A constituição de 1937 e as reformas trabalhistas da Era Vargas. **Carta Forense**, São Paulo, maio, 2007. História do Direito, p. 50.

MELLO, Celso. **Algumas notas informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Disponível em: <<http://www1.stf.gov.br/institucional/notas/?&/notas/>>. Acesso em 03 nov. 2007.

MESSERSCHMIDT, Sheila. **Juizes de paz buscam regulamentação da atividade estabelecida na Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/cjf/2005/mar/16/juizes_de_paz_buscam_regulamentacao_da_atividade>. Acesso em: 28 out. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA. **O Ministério Público no Brasil**. Disponível em <<http://www.mp.rr.gov.br/historia/mp.no.brasil.php>>. Acesso em 31 out. 2007.

MUSSUMECI, Victor. **Organização Social e Política Brasileira**: Elementos de educação social e cívica. 26. ed. Rio de Janeiro: Brasil, 1963.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2006.

POMAR, Wladimir. **O Brasil em 1900**: retrospectiva do século XX. São Paulo: Ática, 1996.

REIS, Palhares Moreira. AstogastoSTFeoControle da Constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 162, p. 36-42, out. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luiz Eduardo. Quando o castigo era a morte. **Folha de Pernambuco**, Recife, 17/03/2002. Polícia, p. 4.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. **O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal**: reflexões e perspectivas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-25.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2007.

SOUZA, Carlos Fernando Matias de. **O Judiciário no Brasil (XI)**. Disponível em: <http://www.go.trf1.gov.br/setoriais/biblioteca/clipping%5Cclipping_2007_05_21-B.doc> Acesso em: 12 out. 2007.

SOUZA, Bruna Maggi de. **A pena de morte no Brasil**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=50>>. Acesso em: 30 out. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88:** (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. 196p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Memória da justiça brasileira:** Independência e Constituição. v. 3. Disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume3.htm> Acesso em: 08 out. 2007.

WEYMAR, EDUARDO. **Reflexão acerca da atual competência da Justiça Militar.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=722>>. Acesso em: 12 out. 2007.

WIKIPÉDIA. **Desembargo do Paço.** Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Desembargo do Pa%C3%A7o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Desembargo_do_Pa%C3%A7o)>. Acesso em: 09 out. 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NATUREZA JURÍDICA E SUA REPERCUSSÃO NO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Procurador da República. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP.

Professor da FESMP/RN.

Coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção no MPF/RN

Sumário: 1.1 – Primeiras considerações. 1.2 – Cautelares patrimoniais. 1.2.1 – Considerações gerais. 1.2.2 – Formas de tutela cautelar. 1.2.3 – Aplicação do contraditório. 1.3 – Afastamento do agente público. 1.4 – Conclusões. 1.5 – Bibliografia.

Resumo: O presente artigo visa a conferir uma análise dogmática sobre as medidas cautelares previstas na Lei 8.429/92 (LIA), buscando extrair a verdadeira natureza jurídica de cada espécie de tutela cautelar, a fim de alcançar uma interpretação razoável e segura sobre a incidência do princípio do contraditório no processo judicial de improbidade administrativa, apontando a compatibilização do princípio da efetividade com as garantias constitucionais do processo, indispensável a qualquer litigante ou acusado.

Palavra-chave: Improbidade. Medidas cautelares. Contraditório.

1.1 – PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

A abordagem que faremos do princípio do contraditório no processo de improbidade administrativa recairá no âmbito das medidas cautelares, já que tais medidas muitas vezes são veiculadas em ações *preparatórias*¹ da ação

¹ As providências cautelares podem ser antes ou no curso do processo principal (CPC, art. 796).

principal, sendo, portanto, a primeira oportunidade de se invocar o devido processo legal coletivo.

Desnecessário, também, tecer maiores considerações sobre a importância das medidas cautelares para garantir a efetividade/utilidade do combate à improbidade administrativa, pois é até intuitiva a constatação de sua relevância para resguardar o futuro ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como para reaver os produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo. Até porque não basta a certeza de que a sentença do processo principal virá, é preciso cuidar para que ela venha de forma útil.

A LIA disciplinou, nos arts. 7.º, 16 e 20, três providências cautelares, a saber, a indisponibilidade; o seqüestro de bens; e o afastamento cautelar do agente público. O objetivo desse tópico é abordar essas três medidas previstas na lei. É claro que reconhecemos, assim como a maciça doutrina, que tais providências não são exaustivas, não esgotam as medidas cautelares que podem ser adotadas para assegurar o resultado útil do processo principal, sendo admitidas as demais cautelares previstas no ordenamento (v.g., busca e apreensão de coisas e documentos, CPC, art. 839), bem como outras medidas genéricas decorrentes do poder geral de cautela (CPC, art. 798).

Pelas suas específicas características, e a fim de conferir uma compreensão mais didática sobre o tema, dividiremos as providências específicas da improbidade em cautelares patrimoniais – para abordar a indisponibilidade e o seqüestro de bens – e a de afastamento do agente público.

1.2 – CAUTELARES PATRIMONIAIS

1.2.1 – Considerações gerais

Antes de tudo, é bom que se diga que as cautelares em comento não ostentam nenhum caráter sancionador. Buscam apenas garantir a reparação do dano e a recomposição do *status quo ante*. São, portanto, medidas para garantir o cumprimento da sentença.

A Lei 8.429/92 (LIA), em seu art. 7.º, dispõe que: “Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste

artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

No art. 16, a Lei estabelece a obrigatoriedade de a autoridade administrativa investigante da improbidade administrativa, havendo fundados indícios, representar ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requiera ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. Nos §§ 1.º e 2.º, esclarece que o pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do CPC e que, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A representação da autoridade administrativa, tanto na indisponibilidade quanto no seqüestro, não constitui “condição de procedibilidade” para o Ministério Público, que pode, independentemente dela, utilizar-se das cautelares patrimoniais. Em igual medida, a representação não vincula o *Parquet*, que apreciará o cabimento da medida de acordo com sua independência funcional. Essa é a opinião pacífica da doutrina: Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²; Marino Pazzaglini Filho; Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior³; Wallace Paiva Martins Júnior⁴.

A indisponibilidade consiste na “impossibilidade de alienação de bens e pode se concretizar por diversas formas, tais sejam, o bloqueio de contas bancárias, aplicações financeiras, o registro da inalienabilidade imobiliária etc.”⁵.

Com relação ao seqüestro previsto no art. 16 da LIA, o legislador incorreu numa atecnia parcial. É que o seqüestro visa à apreensão de bem *determinado*, como garantia de futura entrega de coisa certa. Assim, tecnicamente falando, só caberia seqüestro para os casos relacionados à restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Seria difícil imaginar a utilização dessa medida para assegurar o ressarcimento em razão de dano causado ao erário. Nesse caso, seria mais apropriado se falar em *arresto*, que

² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 637.

³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 196.

⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 327.

⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 193.

seria a apreensão cautelar de quaisquer bens do patrimônio do devedor com o destino de assegurar futura execução por quantia. De qualquer sorte, doutrina e jurisprudência vêm apontando o equívoco técnico do legislador, mas entendendo que o termo seqüestro do art. 16 da LIA deve ser interpretado de forma abrangente, alcançando bens determinados ou indeterminados⁶.

Como visto, essas medidas recairão sobre os bens que assegurem o ressarcimento integral do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do ilícito. Isto é, não abrangem *todo* o patrimônio do agente, mas tão-somente os bens *suficientes e adequados* para suportar o montante de eventual condenação de ressarcir danos ou de restituir o acréscimo patrimonial obtido ilicitamente.

Suficiente porque deve refletir o exato montante⁷ do valor econômico resultante do ato⁸; e *adequado* porque deve recair em objetos passíveis de constrição, que são, em regra, já que se trata de medida para garantir futura execução, os bens penhoráveis. Acontece que podem existir bens que são *produtos da própria improbidade*, hipótese na qual a medida pode abranger inclusive bens impenhoráveis. É que o art. 6.º da LIA é bastante claro ao dizer que: “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. Nesse caso, a medida não visa a garantir uma futura execução por quantia certa, mas o cumprimento de obrigação *específica* de restituição de *bens determinados*.

Feita essa rápida explanação sobre as medidas cautelares patrimoniais, cumpre analisar quais os requisitos necessários para o seu cabimento e concessão pelo Poder Judiciário.

⁶ Equívoco semelhante, e que a doutrina desde sempre tratou de apontar, ocorria no Código de Processo Penal, que é de 1940. Somente após 66 anos de atecnia, a Lei 11.345/2006 alterou os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do CPP, para substituir a expressão “seqüestro” por “arresto”, com os devidos ajustes redacionais.

⁷ Que deve ser acrescido de juros de mora e correção monetária.

⁸ José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que, na medida do art. 16 da LIA (seqüestro) os bens atingidos pela medida constritiva não necessitam guardar nexos com o ato ilícito, nem o autor precisa demonstrar estrita relação entre seu valor e o do prejuízo. Estaria o legitimado, portanto, livre para pleitear a medida sobre todo o patrimônio do indiciado, inclusive os bens situados no exterior, independentemente de qualquer vinculação direta com o dano ou seu valor. Isso se justifica porque nem sempre o autor terá condições de estabelecer, de plano, o prejuízo causado pelo ato de improbidade, ou o nexo deste com o bem. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303-308).

1.2.2 – Formas de tutela cautelar

As medidas cautelares, de regra, exigem, para a sua concessão, o preenchimento de dois requisitos, que são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (CPC, art. 798). O requerente, portanto, deve demonstrar uma plausibilidade de que tem o direito, bem como a existência de fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação.

Esses são basicamente os requisitos para uma *tutela emergencial*. Acontece que, pela sistemática da própria LIA, não se consegue vislumbrar nas cautelares patrimoniais uma típica *tutela de urgência*, mas sim uma *tutela de evidência*.

A *tutela de urgência* foi criada para preservar o bem da vida quando a demora na prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática. Já a *tutela de evidência* prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado.

Adroaldo Furtado Fabrício⁹ traz exemplos de tutela de urgência e de tutela de evidência. Para o renomado autor, quando o juiz concede uma produção antecipada de provas, está privilegiando o critério urgência em detrimento de qualquer outro interesse, sem se precisar cogitar da maior ou menor probabilidade de ter razão o requerente. Já a tutela de evidência pode ser visualizada no deferimento de uma liminar possessória, para a qual basta uma presunção de veracidade do alegado baseada em um dado objetivo, independente de qualquer urgência. Outro exemplo é o caso de tutela antecipada em razão do abuso do direito de defesa (CPC, art. 273, II)

O enfrentamento desta questão é importante porque repercute, ainda que indiretamente, no princípio do contraditório, já que, sendo uma *tutela de urgência*, o âmbito de *reação* do réu volta-se para a negação do *fumus boni juris* e/ou do *periculum in mora*, ao passo que, diante de uma *tutela de evidência*, a sua contrariedade restringe-se aos fatos apontados pelo autor e que a lei considera suficientes para demonstrar a plausibilidade do direito.

⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Coord. José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20.

Dentro dessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰ efetuou um corte metodológico nas duas medidas cautelares patrimoniais, pelo qual conseguiu apontar diferenças ontológicas e de finalidade.

Para o professor da Universidade de São Paulo, a indisponibilidade prevista no art. 7.º da LIA está restrita ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Necessita a parte apontar o valor do suposto dano ou do acréscimo patrimonial e pleitear a indisponibilidade sobre os bens suficientes ao ressarcimento a ser decidido em outra sede. Aqui basta que se demonstre a verossimilhança. Desnecessário comprovar o perigo de dano, pois o legislador contentou-se com o *fumus boni juris*, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.

Adverte o mencionado autor, contudo:

*(...) que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias está relacionado à urgência e à evidência.*¹¹

De fato, percebe-se claramente que o sistema da LIA admitiu de forma expressa a tutela de evidência. O art. 7.º em *nenhum* momento previu o requisito da urgência, reclamando apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Dando continuidade ao pensamento de Bedaque, entendeu ele que, com relação ao seqüestro, a LIA, no seu art. 16, § 1.º, determinou que fossem aplicados os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, para o processamento da medida. Diante disso, tencionando o legislador integrar o art. 16 da LIA ao Código de Processo Civil, hão de ser demonstrados, para a concessão da medida, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303-308.

¹¹ Idem, ibidem.

Discordamos do nobre processualista quando diz que a medida do art. 16 da LIA seria de urgência, pelo fato de seguir o sistema do Código de Processo Civil. Isso porque a Lei de Improbidade, em nenhum momento, fez alusão à demonstração do *periculum in mora*. Apenas apontou que o processamento da medida devesse atender ao disposto no art. 822 e art. 825. Percebe-se que, de quatro artigos que regulam o rito do seqüestro no CPC (arts. 822, 823, 824 e 825), a LIA determinou *expressamente* que se aplicassem apenas dois, os quais, inclusive, não requerem o requisito do perigo na demora. O único dispositivo que dispõe sobre a urgência é o art. 823, mas a lei o silenciou eloqüentemente.

A remissão da LIA ao CPC foi no sentido de se observar apenas o *processamento*, o modo como a medida deve ser concretizada, e não sobre a exigência dos requisitos da tutela sumária. A propósito, cabe citar lição de Ernani Fidélis dos Santos:

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao processamento, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, se observe o procedimento ali previsto. Isto importa em dizer que, para os efeitos da Lei de Improbidade, o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança – apreensão de bens –, com outras de previsão legal.¹²

A tutela de evidência aqui também é inegável. Houve vontade expressa do legislador para que assim o seja. Aqui há o elevado interesse de resguardo do patrimônio público, direito difuso que pertence a toda a sociedade.

Visto por outro ângulo, Marcelo Figueiredo sustenta que: “Quanto à probabilidade do prejuízo, entendemos que o conceito pode ser deduzido da própria Lei de Improbidade. É dizer, ela já estaria presente nos valores de “probidade” que o agente administrativo aparentemente desprezou, ao praticar atos ímprobos”¹³.

¹² Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Coord. José Adércio Leite Sampaio, Nicolao Dino, Nívio de Freitas e Roberto dos Anjos. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112.

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

Portanto, as cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade, por vontade expressa do legislador, encerram *tutela de evidência*, cabendo à parte requerente demonstrar tão-somente que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito, suporte material compreendido no requisito do *fumus boni juris*.

Na doutrina, a percepção é de que a ampla maioria entende que o requisito do *periculum in mora* é dispensado ou, como preferem alguns, presumido. Nesse sentido: Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴; Fábio Medina Osório¹⁵; Marcelo Figueiredo¹⁶; José Antônio Libôa Neiva¹⁷; Wallace Paiva Martins Júnior¹⁸, dentre vários outros.

Existe também uma parcela da doutrina que clama pela demonstração dos dois requisitos da tutela de urgência. Destaque para: Enrique Ricardo Lewandowski¹⁹; Carlos Mário Velloso Filho²⁰; Sérgio Ferraz²¹; e José Armando da Costa²².

No plano jurisprudencial, é bom que se diga, o assunto ainda está em pleno debate, existindo uma corrente que entende necessária a demonstração de indícios de ocultação ou dilapidação patrimonial (tutela de urgência)²³,

¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 641.

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 240-241.

¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

¹⁷ NEIVA, José Antônio Libôa. Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar. Niterói: Impetus, 2005, p. 133.

¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396.

¹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.492, de 1992. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.185.

²⁰ VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992 In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120-122.

²¹ FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 417-418.

²² COSTA, José Armando da. Contornos jurídicos da improbidade administrativa. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 145.

²³ No sentido de haver tutela de urgência: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 469366, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 13.05.2003, DJU 02.06.2003, p. 285; Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial nº 220088, Rel. Ministro Francisco Peçanha

bem como havendo uma corrente, bastante expressiva, que encampa a idéia de que basta a demonstração de fortes indícios do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito (tutela de evidência)²⁴.

Martins, j. 02.08.2001, DJU 15.10.2001, p. 255; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 200101000296754, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, j. 27.10.2006, DJU 13.11.2006, p. 124; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200501000131044, Rel. Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes, j. 21.6.2005, DJU 01.07.2005, p. 5; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200601000231525, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, j. 06.04.2004, DJU 07.05.2004, p. 22; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 9602220155, Rel. Juíza Nizete Antônia Lobato Rodrigues, j. 13.11.1996, DJU 11.11.1997, p. 95371; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200004011094680, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 12.06.2001, DJU 18.07.2001, p. 485; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 200004010342722, Rel. Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, j. 03.08.2000, DJU 11.10.2000; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 199904010953901, Rel. Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, j. 03.02.2000, DJU 17.05.2000, p. 172; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Pleno, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 2001.83.00.022867-2, Rel. Desembargador Federal Rivaldo Costa, j. 02.02.2005, DJU 02.03.2005, p. 563; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 55627353, Rel. Desembargador Osni de Souza, j. 25.10.2006; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 60288754, Rel. Desembargador Francisco Vicente Rossi, j. 11.12.2005; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento nº 70012435590, Rel. Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. 17.11.2005, DJ 09.01.06; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Apelação Cível nº 70011160066, Rel. Desembargador Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 11.08.2005, DJ 03.10.2005; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0148658-2, Rel. Desembargado Troiano Netto, j. 20.04.2004, DJ 10.05.2004; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 160423-3, Rel. Juiz Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. 15.02.2005, DJ 04.03.2005.

²⁴ No sentido de haver tutela de evidência: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Seção, Mandado de Segurança nº 9401329516, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 21.02.1995, DJU 10.04.1995, p. 20073; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200301000099819, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 26.08.2003, DJU 25.09.2003, p. 52; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200201000449522, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 20.05.2003, DJU 17.10.2003, p. 12; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200201000419581, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 19.03.2003, DJU 10.04.2003, p. 24; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento nº 200302010014284, Rel. Juiz Benedito Gonçalves, j. 29.09.2004, DJU 20.10.2004, p. 180; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Sexta Turma, Agravo de Instrumento nº 200202010044983, Rel. Juiz André Fontes, j. 01.04.2004, DJU 08.09.2004, p. 185; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200102010386798, Rel. Juiz Sérgio Feltrin Corrêa, j. 26.09.2002, DJU 14.11.2002, p. 436; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 9802257974, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 07.04.1999, DJU 31.08.1999; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº 9802335860, Rel. Juiz Júlio Martins, j. 10.03.1999, DJU 15.06.1999; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 200102010386798, Rel. Juiz Arice Amaral, j. 22.08.2000, DJU 16.11.2000; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento nº

1.2.3 – Aplicação do contraditório

Como não poderia ser diferente, o princípio do contraditório também é aplicável no âmbito das medidas cautelares. A parte requerida deve ter ciência da informação do que contra ela é pedido, bem como lhe ser franqueada a oportunidade de apresentar argumentos contrários a essa medida, podendo influir no provimento jurisdicional.

A experiência prática demonstra que as cautelares patrimoniais, para terem um mínimo de efetividade, muitas vezes precisam ser concedidas e executadas sem o imediato conhecimento do agente ímprobo. Isso porque o simples temor de que os bens serão seqüestrados ou postos em indisponibilidade pode acarretar o seu ocultamento, dilapidação ou mesmo embaraço para inviabilizar a medida, por parte do requerido.

Talvez seja no campo dos provimentos liminares que a tensão entre os princípios da efetividade e o da segurança jurídica é mais contundente, principalmente diante de medidas *inaudita altera parte*.

De um lado, e como corolário do acesso à Justiça e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o princípio da efetividade reclama que a jurisdição propicie um resultado útil, apto a ser concretamente realizado.

Do outro, o princípio da segurança jurídica, tendo no contraditório um de seus consectários, assegura a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.

A colisão de princípios já foi amplamente discutida na doutrina, tendo nas grandes figuras de Robert Alexy²⁵ e Ronald Dworkin²⁶ seus principais estu-

199903000003158, Rel. Juíza Cecília Marcondes, j. 20.10.1999, DJU 24.11.1999, p. 353; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 97030135641, Rel. Juiz Célio Benevides, j. 20.10.1999, DJU 29.10.1999; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0525035, Rel. Desembargador Lineu Peinado, j. 12.05.1998; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 6073845, Rel. Desembargador Torres de Carvalho; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Vigésima Primeira Câmara, Apelação Cível nº 70004062097, Rel. Desembargador Marco Aurélio Hens, j. 19.03.2003; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento nº 70003548328, Rel. Desembargador Augusto Otávio Stern, j. 14.03.2002; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Quarta Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 3223043, Rel. Desembargadora Regina Afonso Pontes, j. 13.06.2006, DJ 28.07.2006; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1202142, Rel. Juiz Airvaldo Stela Alves, j. 26.11.2002, DJ 16.12.2002.

²⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, p. 12.

²⁶ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. London: Duckworth, 1991, p. 26.

diosos. Não sendo este trabalho campo propício para o aprofundamento do assunto, resta consignar que a solução para resolver o conflito entre os princípios é verificar, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, qual dos princípios possui maior peso, dando-lhe a prevalência, sem necessariamente anular por completo o outro²⁷.

Em alguns casos, contudo, o legislador já estabelece antecipadamente a ponderação e o princípio que deverá prevalecer. Assim, havendo o preenchimento de determinados requisitos, o princípio do contraditório, de antemão, deve ceder espaço para o do acesso à justiça.

É o que se verifica, por exemplo, na antecipação de tutela (CPC, art. 273), na liminar em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II), nas medidas cautelares (CPC, art. 804), na liminar da ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 12), entre outros.

Nos casos de *tutela de urgência*, além do *fumus boni juris*, há de ser demonstrado o *periculum in mora*, que foi positivado nas expressões: “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (CPC, art. 273, I); “puder resultar a ineficácia da medida” (Lei 1.533/51, art. 7º, II); “receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (CPC, art. 798); ou “poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804).

Já nos casos de *tutela de evidência*, basta a parte comprovar que a sua alegação é verossimilhante, pois, pela própria natureza do bem da vida deduzido em juízo, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. E a concessão de liminar não é nenhuma atitude irrazoável, já que, bem demonstrado o *fumus boni juris*, a tutela definitiva muito provavelmente será consagrada em favor do autor. Além do mais, não tendo a medida o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, se acaso o julgamento for de improcedência, não haverá maiores problemas de se retornar ao *status quo ante*. Lembrando, inclusive, que as cautelares patrimoniais não antecipam penas, somente visam a garantir a recomposição do patrimônio público ou a recuperação do produto do enriquecimento ilícito.

²⁷ A propósito do tema, OWEN FISS acrescenta que: “Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito” (Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004, p. 25).

Portanto, não agride o princípio do contraditório a concessão de medidas liminares sem a oitiva da parte contrária, sendo certo que as cautelares patrimoniais dos arts. 7.º e 16 da LIA, podem ser concedidas, a teor do art. 12 da LACP, *com ou sem justificação prévia*.

Além disso, o contraditório, nas hipóteses de provimento liminar sem a prévia oitiva da parte contrária, será *diferido*²⁸. Mesmo nesse caso, haverá sim a audiência bilateral e a paridade de armas, sendo que a participação da outra parte, pelas próprias circunstâncias do caso, não será *simultânea*, mas certamente será *simétrica*, ou seja, com a mesma *dimensão e intensidade* da participação da outra parte.

Resta, por fim, enfrentar a aplicabilidade, ou não, da Lei 8.437/92, que determina somente ser concedida a liminar, quando cabível, “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

Embora de constitucionalidade duvidosa, percebe-se que esta lei tem o objetivo de *proteger* o Estado nas demandas em que figure no pólo passivo da relação processual.

Diante disso, não há que se falar da incidência da Lei 8.437/92 nos processos de improbidade administrativa, pois nesta relação processual o Estado não figura como réu, bem como os interesses tutelados não vão de encontro aos da pessoa jurídica de direito público. Muito pelo contrário, busca-se na ação de improbidade resguardar os interesses maiores do Estado, velando pelo império do princípio da moralidade e pela recomposição do patrimônio público²⁹.

²⁸ Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “(...) a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelares e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão-somente postergado”. (A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133). Visto sob o ângulo da efetividade, Luiz Guilherme Marinoni assevera que: “Se a efetivação da medida cautelar *inaudita altera parte*, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato de que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida” (Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 79-80).

²⁹ Esse entendimento, inclusive, já restou assentado no Superior Tribunal de Justiça nos seguintes julgados: RMS 5621-0-RS; REsp 293.797-AC; REsp 73.083-DF; REsp 468354-MG; MC 3018-GO.

1.3 – AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO

O afastamento do agente público foi previsto pela LIA como medida para a garantia da instrução processual. Incluído no capítulo que trata das disposições penais, o dispositivo prevê: “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

As sanções da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos são bastante pesadas para um agente público, pois o retiram definitivamente do seu atual exercício funcional e temporariamente do exercício do seu *status activae civitatis*. Em razão disso, tais medidas só se materializarão após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com essa observação, tem-se que o afastamento do cargo tem natureza eminentemente cautelar, e não de antecipação de tutela³⁰.

A finalidade da norma é clara, conforme nos explica Rogério Pacheco Alves:

*Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar que a dolosa atuação do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias etc., deturpe ou dificulte a produção dos elementos necessários à formação do convencimento judicial.*³¹

³⁰ João Gilberto Gonçalves Filho defende a aplicação da tutela antecipada para determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego ou função, cujo raciocínio encerra a seguinte conclusão: “Por essas razões, trazendo a axiologia desses valores constitucionais para a ACP por ato de improbidade, conectado a Lei 8.429/92 com a legislação posterior (nova redação do art. 273 do CPC), mostra-se cabível a antecipação de tutela para afastar o agente público de suas funções, mesmo que a medida não seja necessária à instrução processual, desde que a procedência da ação seja bastante plausível (amparo em robustas provas), o ato imputado seja grave o suficiente (alta gravidade) e os antecedentes do agente sejam desfavoráveis. São estes os três critérios a nortear a adoção da medida antecipatória” (O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública. In: Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85. Coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho e Ubiratan Cazetta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141-142).

³¹ Op. cit., p. 625-626.

A presente medida encerra uma *tutela de urgência*. A par do *fumus boni juris*, deve ser demonstrado o *periculum in mora*. Cabe ao requerente provar que o agente público, no exercício do cargo e utilizando-se dele, promoveu ou promoverá atos tendentes a comprometer a regular instrução do processo.

Com relação à intensidade da prova, Teori Albino Zavascki entende que:

Não basta a possibilidade teórica de perigo ou de ameaça. É preciso que eles sejam reais, fundados em dados concretos e extraídos da conduta do requerido. É preciso demonstrar também que a medida será eficaz para afastar o risco: a suspensão do cargo não pode representar um simples castigo antecipado, mas deverá constituir a alternativa necessária para evitar o dano ao processo. Finalmente, não pode ser deferido o afastamento cautelar se o resultado a que visa puder ser obtido por outros meios, que não comprometam o bem jurídico protegido no caput do art. 20 da Lei (o exercício do cargo).³²

Rogério Pacheco Alves, fazendo uma abordagem realista, diz que:

(...) embora não possa o afastamento provisório arrimar-se em ‘meras conjecturas’, não tem sentido exigir a prova cabal, exauriente, de que o agente, mantido no exercício da função, acarretará prejuízo ao descobrimento da verdade. Indícios já serão suficientes à decretação da medida, o que em nada infirma o seu caráter excepcional. Como sinteticamente exposto por Galeno Lacerda, ‘se o dano ainda não ocorreu, não se requer prova exaustiva do risco. Basta a probabilidade séria e razoável, para justificar a medida’. Segundo pensamos, a análise judicial quanto à presença de ‘probabilidade séria e razoável’ de risco para a instrução processual passa, necessariamente, pelas denominadas ‘regras de experiência comum’ (‘máximas de experiência’), ‘subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’ (art. 335 do CPC). Este, a

³² Op. cit., p. 126.

*nosso ver, o único caminho possível ao ingresso de presunções no campo de análise do periculum in mora.*³³

Nessa espécie de medida cautelar, ao contrário das medidas patrimoniais, a regra será a prévia oitiva do agente público. Mesmo sem ter um caráter sancionador, o afastamento do agente do seu cargo, emprego ou função é bastante grave, muito embora a própria lei lhe preserve a remuneração, acaso a medida seja implementada. Somente em casos excepcionais a medida deverá ser apreciada *inaudita altera parte*. Cumpre que a *simultaneidade* e *simetria* sejam preservadas, a fim de conferir ao agente a possibilidade de influir previamente no provimento judicial, participando plenamente do processo.

Como se percebe, o contraditório aqui deve ser amplo, em razão da própria gravidade do provimento, só se admitindo a sua mitigação em situações extremas.

1.4 – CONCLUSÕES

01. A LIA disciplinou, nos arts. 7.º, 16 e 20, três providências cautelares específicas, a saber, a indisponibilidade; o seqüestro de bens; e o afastamento cautelar do agente público. Pela sua própria natureza, tais medidas não ostentam nenhum caráter sancionador.

02. Com relação às cautelares patrimoniais – indisponibilidade e seqüestro de bens – a LIA admitiu de forma expressa a tutela de evidência, pois em *nenhum* momento previu o requisito da urgência, reclamando apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

03. A experiência prática demonstra que as cautelares patrimoniais, para terem um mínimo de efetividade, muitas vezes precisam ser concedidas e executadas sem o imediato conhecimento do agente ímprobo, tendo em conta que o simples temor de que os bens serão seqüestrados ou postos em indisponibilidade pode acarretar o seu ocultamento, dilapidação ou mesmo embaraço para inviabilizar a medida, por parte do requerido.

04. A cautelar de afastamento do agente público encerra uma tutela de urgência, cabendo ao requerente demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum*

³³ Op. cit., p. 626-627.

in mora, que consiste em provar que o agente público, no exercício do cargo e utilizando-se dele, promoveu ou promoverá atos tendentes a comprometer a regular instrução do processo. Diante da gravidade da medida, somente em casos excepcionais será concedida *inaudita altera parte*.

1.5 – BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993.

BEDAQUE, Paulo Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, José Armando da. *Contornos jurídicos da improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. O direito a uma tutela efetiva e tempestiva na ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibili-

dade liminar de bens prevista na Lei 8.492, de 1992. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEIVA, José Antônio Libôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ANTOS, Ernani Fidélis dos. Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos (Coord.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.492, de 1992 In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SEGURANÇA JURÍDICA E IRRETROATIVIDADE DA NORMA PROCESSUAL

José Miguel Garcia Medina

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, onde é professor no curso de pós-graduação lato sensu. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, especialização e mestrado da Universidade Estadual de Maringá – UEM e nos cursos de mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogado.

Luiz Rodrigues Wambier

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UEL. Professor no curso de mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp e no curso de especialização em Direito Processual Civil da PUC/SP. Ex-professor nos cursos de graduação, especialização e mestrado da UEPG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogado.

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, onde é professora nos cursos de mestrado, doutorado, especialização (pós-lato sensu) e graduação. Membro da diretoria do IBDP. Advogada.

Resumo: As freqüentes alterações que têm havido na lei processual têm feito com que se tornem importante regras de direito intertemporal. Devem ser interpretadas de modo a que as partes não sejam surpreendidas, sendo preservados seus direitos adquiridos.

Palavra-chave: Irretroatividade da Lei. Alteração da Lei. Segurança jurídica. Direito Adquirido. Direito Intertemporal.

Sabe-se que as normas jurídicas, em princípio, regem as situações fáticas que ocorrem enquanto elas (normas) estão em vigor. Portanto, as normas jurídicas disciplinam situações, que ocorrem no mundo empírico, no espaço de tempo que vai desde o momento em que entraram em vigor até aquele em que foram tácita ou expressamente revogadas. São vocacionadas para disciplinar o presente.

Assim, e em princípio, as leis passam a reger os fatos *imediatamente*, ou seja, a partir do momento em que passam a ser *leis vigentes*. Não são disciplinados pela lei nova fatos que ocorreram no passado,¹ nem fatos que no futuro terão lugar, depois da sua (da lei) revogação. A lei, de regra, se aplica ao *presente*.

Exatamente neste sentido manifesta-se LUIZ FUX: “Em essência, o problema da eficácia da lei no tempo é de solução uniforme, porquanto toda e qualquer lei, respeitado o seu prazo de *vacatio legis*, tem aplicação imediata e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”²

Estudar regras de direito intertemporal é o mesmo que estudar regras que disciplinam de que modo devem as leis incidir nos fatos, ao longo do tempo. É por isso que se diz serem *normas sobre como as normas se aplicam*, ou normas de superdireito.

DINAMARCO observa com razão que o Código Civil contém normas com esta função, embora seja lei ordinária. Portanto, rigorosamente, os preceitos que aí se encontram não teriam o condão de “impedir a eficácia de uma expressa determinação, eventualmente contida em outra lei do mesmo nível, no sentido de sua própria aplicação imediata ou mesmo de sua projeção a fatos pretéritos ou situações já consumadas”.³ A vinculação de uma limitação temporal à eficácia de lei nova só haveria realmente se se tratasse de norma

¹ Para TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, São Paulo, Atlas, 1991, p. 229), “a doutrina da irretroatividade serve ao valor segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado”.

² LUIZ FUX. A reforma do processo civil, Niterói, Impetus, 2006, Cap. 6, p. 179.

³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A reforma do Código de Processo Civil, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 40.

hierarquicamente superior. É o que faz a Constituição Federal, impondo limites à irretroatividade da lei, no art. 5.º, XXXVI.⁴

Então, a Constituição Federal, aludindo a que a lei, uma vez em vigor, atinge o mundo dos fatos, desde que não se trate de situações em que já haja *coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido*, exerce o papel, de certo modo, de *traçar um limite entre o passado e o presente*. Assim, as situações acobertadas pela autoridade de coisa julgada, os atos completos e acabados e os direitos que já se incorporaram ao patrimônio das pessoas não se sujeitam à nova disciplina, que passa a entrar em vigor com a lei nova, porque já estão *para lá da linha divisória do passado*. Outras situações, em princípio, são *presente*.

Tem-se, com o que acima se falou, um panorama geral a respeito de como se dá a incidência da lei.

É relevantíssimo que se observe, todavia, que os parâmetros referidos – fornecidos pelo ordenamento jurídico – muito provavelmente têm em vista o *direito material*.

E é nesse sentido e com esse alcance que a expressão *coisa julgada* consta da Constituição Federal: o *bem* atribuído a alguém por *sentença transitada em julgado* não lhe pode ser retirado por lei posterior, que estabeleça não ter o autor (ou seja, a pessoa que estivesse nas condições do autor) o direito que a sentença transitada em julgado estabelece que tem.

É evidente a parcial sobreposição entre os conceitos de ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido: parece que, de fato e em certa medida, a última expressão abrange as duas outras.

Como se orientar, então, no que diz respeito às normas de direito processual? O certo é que a Constituição Federal elegeu como parâmetro a coisa julgada. A impressão que se tem, então, é a de que, *não havendo coisa julgada, todas as modificações ocorridas nas normas processuais incidem imediatamente, já que processo pendente é presente*.

Em termos. Esse esquema, concebido que foi para o plano do direito material, desconsidera a divisão entre *passado, presente e futuro* que existe *dentro do processo*.

Obviamente, a divisão entre presente, passado e futuro *dentro do processo* deve ser levada em conta, sob pena de, se desconsiderada, se afastarem e se desprestigiarem definitivamente os valores *segurança e previsibilidade*, no plano endoprocessual.

⁴ Idem, ibidem.

Este é o enfoque das considerações sobre direito intertemporal expendidas por LUIZ FUX, em obra antes referida.⁵

Conclui-se, portanto, que, para as normas processuais, o parâmetro coisa julgada é obviamente insuficiente para desempenhar sequer o papel de ponto de partida.

Claro está que o raciocínio há de ser idêntico, do ponto de vista essencial, ao que se faz no plano do direito material: dentro do processo, há um *passado*, um *presente* e um *futuro*. Tudo isso, antes da coisa julgada.

O passado é formado das ditas “situações consolidadas”; o presente, das situações “pendentes”; o futuro, das que ainda não iniciaram sua formação.

Quanto a esse aspecto, fundamentalmente, não discordam os estudiosos. Basta encontrarmos critérios, dentro do processo, que, uma vez atendidos, preservem os valores segurança (resguardando situações processuais consolidadas) e previsibilidade, que consistem, tanto no plano do direito material quanto no do direito processual, *na essência do problema*, de que não se deve desviar a atenção do intérprete.

Na busca desses critérios, de separação do passado, presente e futuro dentro do processo, muitos problemas surgirão, e *dentre as soluções possíveis há de prevalecer sempre aquela que homenageia esses dois valores*.⁶

Assim, lei nova não atinge processos findos. Processo instaurado sob a égide da lei nova é por essa disciplinado. Alterada a lei processual, atingem-se processos pendentes.

Em que medida? De que modo?

RUBENS LIMONGI FRANÇA observa que a necessidade de a lei nova não incidir nas situações em que há direito adquirido “funda-se em mais de 700 anos de doutrina luso-brasileira e, quanto ao seu caráter fundamental, em um século e meio de sedimentação doutrinária e arraigamento à consciência popular”.⁷ Assevera também, e com inteira razão, que o princípio da irretroatividade das leis e o respeito ao direito adquirido têm, em princípio e como regra

⁵ LUIZ FUX. A reforma do processo civil, Niterói, Impetus, 2006, Cap. 6, p. 180.

⁶ Sobre esses dois valores, um dos autores deste trabalho, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, discorre demoradamente, em obra recentemente publicada: Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária a lei? RT, 2001, p. 22 e ss., 51 e ss., 96 e ss., 293, 320, 347 etc.

⁷ RUBENS LIMONGI FRANÇA, A irretroatividade das leis e o direito adquirido, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 294.

geral, natureza constitucional,⁸ atendendo perfeitamente a nossas *tradições jurídicas e populares*.⁹

Dessas observações, feitas por um dos nossos autores clássicos no que diz respeito ao direito intertemporal, pode-se, com a devida vênia dos que em contrário pensam, inferir o seguinte: é insuportável a idéia de que as partes possam ser legitimamente “surpreendidas” com lei nova, incidente em processo pendente. Essa insuportabilidade é tanto jurídica, quanto política – já que incompatível com o Estado de Direito – e, como diz sabiamente o autor referido, é também “popularmente” intolerável.

Assim,aleinova,aoincidiremprocessopendente,nãopodecausar“surpresas”. Essa proteção à situação das partes acaba por ligar-se inexoravelmente a uma figura, se não idêntica, análoga à do *direito adquirido*.¹⁰

O transporte da noção de *direito adquirido* para o plano do processo acaba por se traduzir nas tais situações processuais consumadas ou consolidadas, a que antes nos referimos.

No que diz respeito aos recursos, especificamente, um dos autores deste trabalho teve oportunidade de expor a sua opinião, em estudo escrito por ocasião da edição da Lei 9.756/1998, que criou os recursos extraordinários (em sentido lato) retidos, que é a mesma, também, em relação às alterações oriundas das Leis 11.276/2006 e 11.187/2005, comentadas por nós nos *Breves comentários à nova sistemática processual 2*,¹¹ *mutadis mutandis*, e a todas as leis que dizem respeito aos recursos e assuntos correlatos.

⁸ Essa idéia aparece claramente no texto antes citado de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., no sentido de que a regra da irretroatividade das leis tem fundamento ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado.

⁹ RUBENS LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 294.

¹⁰ GALENO LACERDA, *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, *passim*.

¹¹ P. 219-276.

Lá se disse, e aqui se repete, que *a lei do recurso é a que está em vigor no momento em que a decisão é proferida*.¹²

Entendemos que o *dia da sentença* é o que determina a lei que deve incidir.

O que seria o *dia da sentença*?

Pensamos que aqui há que se fazer uma diferença entre a circunstância de se tratar de sentença ou de acórdão.

Nesse sentido, assevera ARRUDA ALVIM, em parecer não publicado, que é conveniente comparar e distinguir muito claramente o modo de formação da sentença (primeiro grau de jurisdição) e sua documentação, com o da decisão do Tribunal e sua documentação.

Dia da sentença seria, em princípio, quando de sentença se tratar, a data em que foi publicada a decisão, seja em audiência na presença das partes e/ou de seus advogados, ou em cartório, nas mãos do escrivão, ou pela imprensa oficial.

Assevera ARRUDA ALVIM, no aludido parecer, que o “conteúdo e efeitos respectivos de uma sentença somente são suscetíveis de serem conhecidos quando a sentença é publicada, seja pela publicação propriamente dita através de jornal ou pela imprensa, seja pela publicidade que a ela se dá em cartório, quando o juiz devolve o processo com a sentença, antes mesmo da publicidade pela imprensa, ou pela intimação às partes. A partir da lavratura e da assinatura da sentença, e desde a sua entrega em cartório, o seu conteúdo e efeitos são conhecidos e é ela inalterável em sua substância, salvo erros materiais ou por embargos de declaração, em estreito âmbito. Há, portanto, identidade cronológica entre o conhecimento do ato decisório e

¹² Autores há que entendem que a lei em vigor no dia em que foi proferida a sentença é a que determina o cabimento do recurso e a lei do dia em que o recurso tenha sido, efetivamente, interposto determina seu procedimento (NELSON NERY JR., A forma retida dos recursos especial e extraordinário: apontamentos sobre a Lei 9.756/98, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 1999, p. 473-482, especialmente p. 479 e ss.). Trata-se de entendimento respeitável, baseado em sólidos argumentos, de que, todavia, não compartilhamos, por diversas razões. A mais importante delas consiste nas dificuldades, que todos sabemos existentes, em se saber o que é procedimento. Há alterações de procedimento tão fundas que comprometem mesmo a identidade do recurso. Dizer-se que é o mesmo recurso, com procedimento absolutamente diverso, é afirmação que, rigorosamente, nem se poderia fazer. Um recurso se delineia em virtude de sua hipótese de cabimento, do seu prazo, do órgão perante o qual é interposto, da circunstância de ser imediatamente apreciado ou de ficar retido etc. Nossa opinião é a de que a quantidade de complicações que podem ser geradas por essa distinção, ainda que seja dogmaticamente perfeitamente sustentável, não justifica, sob a ótica pragmática, que seja adotada.

sua publicidade; é a publicidade que revela o conteúdo do ato sentencial, que é escrito”.

Quando se tratar de acórdão, tem-se como publicada a decisão no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia publicamente o resultado do julgamento. A lavratura do acórdão é mera documentação do que foi decidido.

No referido parecer, assevera ARRUDA ALVIM, agora em relação aos acórdãos: “Já, diferentemente, se passa com a decisão de Tribunal. A decisão, propriamente dita, não nasce do acórdão, senão que ela emerge inteira e exaurientemente do ato coletivo de julgamento. O resultado do julgamento passa a ser conhecido na sessão de julgamento, em que o recurso tenha sido julgado, onde o relator e o revisor lêem os seus votos e o terceiro juiz, igualmente, vota. O que se lhe segue diz respeito, única e exclusivamente, à publicidade ulterior à sessão (porque ao julgamento se haverá de ter dado prévia publicidade); o que se segue à sessão de julgamento diz respeito, apenas e tão-somente, à documentação do que foi decidido. Por isto, parece ressaltar evidente que os efeitos do julgamento nascem e se exaurem no momento em que se realiza e termina o julgamento. O que se segue, como se disse, é mera e estrita documentação”.

Não se ignoram as dificuldades que poderão surgir justamente no que diz respeito aos órgãos colegiados. Há casos em que a decisão é proferida, ao final do julgamento, pela Câmara (ou Turma, ou Grupo de Câmaras etc.), e o acórdão demora dias ou meses para ser publicado. Quanto a esse problema, há vários desdobramentos que costumeiramente ocorrem na prática da atividade dos tribunais. O relator é vencido e há a designação de outro juiz ou desembargador para redigir o acórdão e, com isso, há demora capaz de fazer com que entre a data do julgamento e a tão-só redação do acórdão (neste exemplo nem se está cogitando de sua publicação, mas de sua redação) a lei que diz respeito ao recurso cabível seja alterada. Outra possibilidade: o acórdão é redigido, mas demora para ser registrado e, com isso, se retarda novamente a sua publicação; ou, redigido e registrado o acórdão, não ocorre sua publicação na imprensa oficial porque ocorre prolongada greve desse serviço público. Acumulam-se acórdãos “prontos” para publicação, sem que seja possível que esta ocorra. Em todas essas hipóteses, as partes têm a comprovação do resultado do julgamento, obtida por meio de certidão na secretaria do órgão fracionário do tribunal ou por meio de informação transmitida pelo banco

de dados do tribunal, seja mediante a retirada de “extrato” do julgamento ou via internet.

Esse rol de possibilidades, que podem criar dificuldades de ordem prática, sem que se possa falar propriamente ter havido um defeito, como ocorreria se tivesse havido a publicação “defeituosa” do acórdão (por exemplo, sem os nomes dos advogados das partes), já demonstra a complexidade que às vezes envolve a tarefa de aferir qual teria sido o *dia da sentença*.

Sejam quais forem as dificuldades que houver, prolatada a decisão, normas que suprimam o recurso, que alterem o seu prazo, que lhe alterem o procedimento não devem incidir. Se, no entanto, houver, no mesmo processo, outra decisão do mesmo tipo, que enseje o cabimento do mesmo recurso, agora com novo prazo e novo procedimento, sob a autoridade da nova lei, a decisão estará sujeita ao recurso com as novas feições ou configurações, criadas pela lei que entrou em vigor.

Assim, prolatada decisão sujeita a recurso com 15 dias de prazo e alterada a lei, para estabelecer que o prazo é de 10 dias, entrando em vigor, no nono dia do prazo, a parte continua tendo os seis dias restantes para o interpor, e não só um.

Interposto o recurso no procedimento previsto pela lei vigente, é este o procedimento que deve ser seguido até o julgamento do recurso.¹³ Foi a orientação (correta, a nosso ver) que predominou quando da alteração do procedimento do recurso de agravo de instrumento (Lei 9.139/1995), e não foi, infelizmente, a que preponderou quando se criaram os recursos excepcionais retidos, na Lei 9.756/1998.¹⁴

¹³ “Não se aplica a regra estabelecida no art. 542, § 3.º, do CPC, c/c a Resolução 01/99 deste Sodalício, aos agravos interpostos antes de 18.12.1998, data em que passou a vigorar a obrigatoriedade da retenção de recursos especiais interpostos contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, em vista do direito adquirido processual do recorrente”(REsp 205.180/SP, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 08.05.2000). Embora se trate de posição absolutamente minoritária, que restou vencida no STJ, é, a nosso ver, a mais acertada.

¹⁴ “I – Como assinalado em sede doutrinária, ‘tendo entrado a lei [Lei 9.765/1998] em vigor na data de sua publicação (DOU 18.12.1998), por força do seu art. 4.º, é de observar-se a regra de direito intertemporal que disciplina o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei processual no tempo, segundo a qual as normas processuais civis têm incidência imediata, salvo expressa dicação legal em contrário. Ademais, não se deve confundir incidência imediata de leis processuais, de natureza recursal procedimental, com a regra segundo a qual o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão, como acentuaram, dentre outros, Roubier e Galeno, este citando aquele em seu belo estudo O novo direito processual civil e os feitos pendentes, Forense, 1974. Se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores de seu procedimento. Daí a justificativa da sustação dos recursos interpostos, mesmo que já admitidos, devendo eles ficar

O mesmo fenômeno ocorre com a possibilidade que se criou de conversão do agravo de instrumento em retido. Abordou-se e comentou-se anteriormente a possibilidade de o tribunal, desde que não se trate de provisão jurisdicional de urgência, e desde que não haja perigo de lesão grave e de difícil reparação, converter o agravo de instrumento em retido, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa. Trata-se de decisão que, de acordo com a nova redação do art. 527, inc. II e parágrafo único, do CPC (cf. Lei 11.187/2005), é irrecorrível.

Indubitavelmente, a possibilidade de conversão só passou a existir para os agravos interpostos depois de a Lei 10.352/2001 ter entrado em vigor, e a irrecurribilidade somente diz respeito às decisões que determinem a conversão proferidas após a entrada em vigor da Lei 11.187/2005.

Mesmo para aqueles que entendem que a data em que é proferida a decisão determina o recurso cabível e a data da interposição do recurso determina o seu procedimento,¹⁵ pensar-se na possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido seria, ao que parece, inadmissível, já que se trata de uma alteração no plano procedimental.¹⁶ Na realidade, no caso, não

apensados aos autos da 'causa'. II – Este Tribunal, todavia, editou a Resolução 1/99 (DJ 18.03.1999), estabelecendo que 'os recursos especiais interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução', que já se encontram nesta Corte, 'aguardarão, no Superior Tribunal de Justiça, a remessa do especial relativo à decisão final da causa'" (Ag. no REsp 180.600/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.03.2000).

¹⁵ Como dissemos antes, para NELSON NERY JR. devem ser distinguidos dois momentos, para determinar o cabimento do recurso e o seu procedimento: o dia da prolação da decisão determinaria o cabimento do recurso e o momento da sua efetiva interposição, o seu procedimento (A forma retida dos recursos especial e extraordinário: apontamentos sobre a Lei 9.756/98. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 479 e ss.).

¹⁶ Já dizia CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, quando da edição da Lei 9.756/1998, em seu artigo O relator, a jurisprudência e os recursos, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 1999, p. 127-144, especialmente p. 144: "A mais relevante questão intertemporal suscitada por essa nova lei diz respeito à inovação consistente nos recursos retidos (extraordinário e especial). Há casos em que a espera decorrente desta novidade é particularmente gravosa para o recorrente, como nos das tutelas de urgência concedidas ou denegadas pelos tribunais locais ou nos de situações processuais que caminham para a consumação irreversível. Mesmo fora desses casos realmente extraordinários, a imposição da espera em relação aos recursos já interpostos importaria significativa redução de eficácia de atos já realizados sob o império da lei antiga e, conseqüentemente, frustração de expectativas já legitimamente criadas. Não se trata de mera regra procedimental ou inócua em face dessas expectativas fundadas na lei do tempo, mas de norma que, ao retardar a tutela a ser concedida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, é capaz de comprometer seriamente o pronunciamento desses tribunais de superposição, a dano do recorrente. Por isso, para a vigência do veto constitucional e legal à retroatividade da lei, é necessário dar devolução imediata aos recursos extraordinários e especiais pendentes no dia 18 de dezembro de 1998, quando a lei nova

se trataria, propriamente, de supressão do recurso, mas com a conversão, indevidamente feita, viria a suprimir-se uma “vantagem” do recurso, ou seja, a sua apreciação em menor tempo do que possivelmente ocorrerá com o julgamento do agravo retido, pelo tribunal, em relação ao agravo de instrumento originária e legitimamente interposto. Também esta “vantagem” é representativa de uma situação processual consolidada e não deve ser desconhecida, ao argumento da incidência da nova lei.

Este mesmo ponto de vista aplica-se às alterações decorrentes da Lei 11.187/2005.

Imagine-se a seguinte situação: certa decisão, de que cabem embargos infringentes e recurso especial, é proferida por determinado tribunal. A lei em vigor é aquela que determina que ambos os recursos devem ser interpostos simultaneamente. Segundo esta posição, a parte teria direito aos recursos mas não ao seu procedimento. Interpostos os recursos após a vigência da nova lei, a parte poderia, então, entrar primeiro com os embargos infringentes e, depois de decididos estes, interpor o recurso especial, já que, com relação ao procedimento, incidiria a nova lei. Mas... e se a nova lei extinguir o recurso? Como se sustentará a afirmação no sentido de que a parte teria o direito a um recurso, cujo procedimento não existe mais (porque o recurso não existe mais)?

Outra das posições que nos parece parcialmente equivocada, vista como um todo, é aquela segundo a qual, na data da decisão, de acordo com a lei então em vigor, se determina o recurso cabível (o que inclui as respectivas condições de admissibilidade), enquanto que as regras procedimentais serão as da época da interposição do recurso. Foi esta, como se disse, a opinião que veio a prevalecer quando da edição da Lei 9.756/1998, que criou o regime de retenção para os recursos especial e extraordinário.

Da mesma forma, se a lei nova extingue o recurso, não há como resolver o caso. Extinto o recurso, não haverá procedimento.¹⁷

foi publicada e teve vigência”. Com inteira razão assevera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que os recursos que tinham sido interpostos antes de 18 de dezembro de 1998 deveriam ter sido julgados no sistema da lei anterior, ou seja, sem que se lhes tivesse sido aplicado o regime da retenção. O mesmo indubitavelmente há de se dizer quanto aos agravos interpostos antes que a nova lei entre em vigor: não poderão ser convertidos de agravo de instrumento em agravo retido.

¹⁷ Criticável, portanto, o acórdão do STJ proferido no AgRg em AgIn 219.084/BA, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 02.10.2000, cuja ementa é a seguinte: “Processual civil – Agravo – Decisão interlocutória – Recurso especial retido – CPC, art. 542, § 3.º. 1. Quanto aos procedimentos, a lei nova tem imediata aplicação aos processos em curso (...)”.

Claro está que se poderia pensar na solução, proposta no acórdão prolatado no Ag. no REsp 180.6/RS, no sentido de que, se o recurso for extinto pela nova lei, aplicam-se as normas atinentes ao recurso com o procedimento que tinha à época da decisão (consta desse acórdão: se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores de seu procedimento. Logo, a *contrario sensu*, tendo a nova lei suprimido o recurso, outra saída não há senão “trazê-lo” ao presente – já que havia direito adquirido – com o procedimento que tinha à época).¹⁸

São incontáveis as situações que recomendam a incidência da regra no sentido de que a “lei do recurso é a da decisão”. Talvez a mais evidente delas seja a possibilidade de a lei nova vir a suprimir o recurso durante o prazo em que esse, em determinado processo, poderia ser interposto.

As normas de direito intertemporal que, em nosso entender, devem incidir quando se trata de recursos são exatamente as mesmas aplicáveis àqueles que chamamos, no início deste item, de “assuntos correlatos”. Quisemos nos referir à necessidade de que, para efeito de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, a decisão envolva questão que ostente ou gere *repercussão geral*, nos termos do art. 543-A, inserido no CPC pela Lei 11.418/2006.

Em consonância com o que sustentamos acima, *o requisito da demonstração de repercussão geral não pode ser exigido quanto aos recursos extraordinários já interpostos*. Nesse sentido, a propósito, estabelece o art. 4.º da Lei 11.418/2006, com toda a clareza possível, que “aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência”.

Interpretação isolada do referido dispositivo legal, que não se ativesse aos princípios constitucionais referidos acima, poderia sugerir que o requisito em questão seria exigível quando a decisão impugnada pelo recurso extraordinário tivesse sido proferida antes da entrada em vigor da alteração, se o recurso viesse

¹⁸ Acórdão de que foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, proferido no Ag. REsp 180600/RS, DJ 08.03.2000, cuja ementa tem o seguinte teor: “I – Como assinado em sede doutrinária, tendo entrado a lei [Lei 9.756/1998] em vigor na data de sua publicação (DOU 18.12.1998), por força de seu art. 4.º, é de observar-se a regra de direito intertemporal que disciplina o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei processual no tempo, segundo a qual as normas processuais civis têm incidência imediata, salvo expressa dicção legal em contrário. Ademais, não se deve confundir incidência imediata de leis processuais, de natureza recursal procedimental, com a regra segundo a qual o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão, como acentuaram, dentre outros, Roubier e Galeno, este citando aquele em seu belo estudo *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*, Forense, 1974. Se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores do seu procedimento. Daí a justificativa da sustação dos recursos interpostos, mesmo que já admitidos, devendo eles ficar apensados aos autos da causa”.

a ser interposto quando já em vigor o art. 543-A do CPC, inserido pela Lei 11.418/2006. Por exemplo, iniciando-se o prazo para a interposição do recurso em 07.02.2007, quando ainda não estivesse em vigor a alteração da referida Lei, ter-se-ia o seguinte: interposto o recurso antes da entrada em vigor do art. 543-A (p.ex., dia 14.02.2007), o requisito não seria exigido; diversamente, interposto o recurso após a entrada em vigor de tal alteração (p.ex., em 21.02.2007), deveria a parte demonstrar a repercussão geral. Tal solução, contudo, geraria situações insustentáveis. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que o primeiro recurso seja interposto pelo autor, e o segundo pelo réu, ou, ainda, na hipótese em que uma das partes interpõe recurso extraordinário principal quando ainda não estiver em vigor a referida alteração, e a outra parte interpõe recurso extraordinário adesivo na vigência do art. 543-A. Em situações como as ora exemplificadas, acabar-se-ia exigindo o requisito em relação ao recurso interposto por uma das partes, e não em relação ao recurso interposto pela outra, o que violaria o princípio da isonomia.

Tais exemplos demonstram, a nosso ver, que, ao dispor que o requisito da repercussão geral só se aplica aos recursos extraordinários interpostos a partir da vigência do art. 543-A, quis o legislador *afastar o risco de tal requisito vir a ser exigido para os recursos que já estiverem em trâmite*. Segundo nosso entendimento, não se pode exigir tal requisito quando o recurso extraordinário é interposto na vigência do art. 543-A, em relação a decisões proferidas antes da entrada em vigor de tal alteração. Orientação contrária à ora sugerida, decorrente de interpretação literal e isolada do art. 4.º da Lei 11.418/2006, além de poder gerar situações desarrazoadas, poderia, até, violar os princípios constitucionais a que nos referimos acima.

Os recursos que devem trazer a preliminar justificando que a questão tem repercussão geral, sob pena de inadmissibilidade, serão só os interpostos contra decisões proferidas depois de a nova lei entrar em vigor. Os que serão julgados depois de estar em vigor a nova lei, se interpostos contra decisões proferidas no sistema anterior à reforma, deverão ser avaliados (isto é, ter seus requisitos de admissibilidade verificados) *com base na lei em vigor à época em que foi proferida a decisão*.

Com efeito, à parte cabia fazer aquilo que era exigido pela lei em vigor no momento em que foi proferida a decisão de que recorreu. Nem mesmo o momento da interposição do recurso é o que define a lei que incide: se a lei nova entrar em vigor *estando em curso o prazo para a interposição do recurso extraordinário*, a parte terá “adquirido o direito” de apresentar o recurso sem

que a questão apresente repercussão geral e sem a respectiva demonstração, de acordo com a lei que estava em vigor no instante em que foi proferida a decisão impugnada.

No mesmo sentido, esclarece BARBOSA MOREIRA que a possibilidade de se rescindir a sentença é disciplinada pela lei em vigor na data do trânsito em julgado. Assim, fato que não esteja previsto no ordenamento como fundamento para ação rescisória, no momento do trânsito em julgado, não passará a sê-lo se sobrevier lei considerando-o como tal.¹⁹

Observa, também, o mesmo autor que o CPC de 1973 ampliou o elenco de possíveis causas de pedir que autorizariam a propositura de ação rescisória. Todavia, os pressupostos específicos acrescentados “só se fizeram relevantes para a rescisão de sentença já passada em julgado sob a vigência do novo diploma”. Sentenças que eram rescindíveis à luz do sistema do Código de Processo Civil de 1939, e que, sob a égide desse mesmo sistema, tenham transitado em julgado, permanecem irrevocáveis.²⁰

Todavia, alterado o art. 489 do CPC (Lei 11.280/2006), pode ser pedida tutela antecipatória nas rescisórias em curso, mesmo intentadas antes da vigência da nova lei, pois não terá sido ultrapassado o momento correto para se pleitear tal antecipação, já que este pedido pode ser feito a qualquer tempo.²¹

Decisão proferida é situação consolidada, ou seja, gera “direito adquirido” processual para a parte, no que diz respeito à respectiva forma de impugnação. É situação do passado. *Fazer a lei nova incidir seria aplicá-la retroativamente*. Seria incompatível com o princípio da legalidade que a retroatividade das leis fosse a regra geral. Isso porque o princípio da legalidade, que é um dos fundamentos de sustentação do moderno Estado de Direito, visa a gerar segurança e a assegurar certa dose de previsibilidade e ausência de tumulto nas relações e situações jurídicas, objetivos esses que, por óbvio, ficariam integralmente comprometidos se a regra geral fosse a da retroatividade das novas leis.²²

¹⁹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. 5, p. 153.

²⁰ Idem, p. 154.

²¹ LUIZ FUX, A reforma do processo civil. Niterói: Impetus, 2006, p. 183.

²² CARLOS MAXIMILIANO observa que se considera retroativa a aplicação da lei, e, portanto, condenável, quando a sua incidência desrespeita, posterga, atropela ou destrói uma situação jurídica concreta; jamais quando atinge situações abstratas como a expectativa de direito (Direito intertemporal, 2. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 13).

Merece transcrição trecho de autoria de ARRUDA ALVIM, cuja análise faremos em seguida, para corroborar as conclusões a que até agora temos chegado.

“A idéia de aplicação imediata da lei especificamente aplicável ao processo civil é, a rigor, conceito equívoco. A expressão é normalmente empregada com o intuito de se referirem, os que a empregam, somente ao processo, quando, na realidade, a lei processual, como todas as outras leis, está sujeita à norma geral tão bem traçada no art. 2.º das disposições preliminares ao Código Civil italiano de 1865, que não discernia entre leis de ordem privada e de ordem pública, entre leis substanciais e processuais.”²³

O que é importante – e é nisto que reside o cerne do problema –, conquanto a lei processual e a material tenham efeito imediato, é distinguir-se bem as implicações de tal efeito imediato, numa e noutra”.

Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, como vimos, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber:

Aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores.²⁴

Assim, se uma lei revogada deu efeito executório a uma sentença, alterada que seja essa lei, continua valendo o efeito executório.

Esta opinião encontra, analogicamente, fundamento no próprio Código de Processo Civil, no § 2.º do art. 1.047 [do CPC de 1939], que dispõe: ‘Este Código regulará a admissibilidade dos recursos, sua interposição, seu processo e seu julgamento, *sem prejuízo dos interpostos de acordo com a lei anterior*’.

Referimo-nos a fundamento analógico, dado que o art. 1.047, § 2.º, na verdade, objetivou regulamentar a fase de transição, dos Códigos estaduais, para o nacional, quando da reunificação do processo civil no Brasil. No entanto, a analogia é útil e confirma a nossa assertiva quando, posteriormente, já no sistema do Código, surgiram modificações de lei atinentes a recursos.²⁵

²³ ARRUDA ALVIM, Curso de direito processual civil, São Paulo, RT, 1971, v. 1, Cap. III, nota 11: cf. Giuseppe Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, n. 27, p. 86. O citado art. 2.º dispunha: “Le legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.

²⁴ Nota 12 do texto citado de ARRUDA ALVIM: cf. Carnelutti, Sistema del diritto processuale civile, 1936, v. 1, n. 33, letra d, p. 98.

²⁵ Nota 13 do mesmo texto de ARRUDA ALVIM.

Um dos problemas que surgiram, em 1940, quando da mencionada reunificação, foi precisamente o da hipótese de, publicada uma sentença na vigência, *ainda*, dos Códigos estaduais, durante a fluência do prazo de recurso, ter entrado em vigor o Código Nacional. Como proceder, relativamente: 1.º) ao recurso cabível; 2.º) à sua regulamentação pelo Código estadual, ou pelo nacional; 3.º) ao prazo para sua interposição? A interpretação, predominantemente dada ao art. 1.047, § 2.º, do Código de Processo Civil, coincide com a que entendemos válida para o Código.

Predominou a interpretação de que o direito *ao recurso, nascendo com a sentença, encontra na lei em vigor, nesse momento, o respectivo estatuto*.²⁶ Específica é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao fixar, corretamente, a orientação, no sentido de que, ‘se tiver acontecido que, no dia em que entrou em vigor (a nova lei), haja encontrado prazos em curso, ela não incidirá sobre os mesmos, que continuarão regidos pela lei anterior’.²⁷

A confirmar tal entendimento, deve-se ler o art. 1.048 do Código de Processo Civil [de 1939], que dispõe: ‘*Os prazos assinados correrão segundo a lei anterior*; os de remessa e preparo dos feitos obedecerão, todavia, ao que dispuser este Código e do dia da sua entrada em vigor se contarão, salvo se o tempo decorrido for de mais da metade.’”

É necessário que aqui se abordem, também, as regras gerais e algumas questões que podem surgir no que diz respeito à aplicabilidade dos novos dispositivos no que tange aos outros pontos em que houve alterações trazidas pelas novas leis.

Até a alteração do art. 14, estavam sujeitos às regras relativas aos deveres processuais exclusivamente as partes e seus procuradores. Com a alteração promovida pela Lei 10.358, de 27.12.2001, estarão sujeitos aos deveres previstos nos incisos do art. 14 todos quantos do processo participem, ainda que apenas com atuação periférica, isto é, sem a qualidade de parte, ou de sujeito imparcial.

²⁶ Nota 14 de ARRUDA ALVIM. Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, rel. Min. José Linhares, j. 20.12.1941, Arquivo Judiciário 62/268; TJCE, Ap. 2.915, rel. Des. Leite de Albuquerque, j. 03.04.1944, Revista de Julgados e Decisões I/209, apud A. Paula, Repertório 11/5.726; TJDF (antigo), Câmaras Cíveis Reunidas, Emb. em AR 163, rel. Des. Eduardo Espínola Filho, j. 12.12.1946, Arquivo Judiciário 81/375. No mesmo sentido, v., ainda, o parecer do Procurador-Geral da República no MS 877, DJ 27.11.1947, p. 7.764 (e tb. de 03.12.1947, p. 7.931), apud A. Paula, Repertório 11/5.728, n. 18.254.

²⁷ Nota 15 em Arruda Alvim: TJRS, 1.ª Câ., Ap. 708, rel. Des. Oswaldo Caminha, j. 22.12.1940, RF 85/129.

Temos para nós que essas normas não dizem respeito a atividade tipicamente processual, ou seja, não são normas de índole processual. São normas que tipificam condutas e estabelecem conseqüências, condutas essas que apenas circunstancialmente estariam sendo praticadas no ambiente do processo. Portanto, parece evidente que a única regra que poderia aqui incidir é a de que *ninguém pode ser punido ou premiado por praticar determinada conduta, a não ser pelas regras que estavam em vigor ao tempo em que essa conduta foi praticada*.

Veja-se, pois, que se está aqui diante de um raciocínio típico de direito material intertemporal, e não de direito processual intertemporal. Em função do que se disse, portanto, aqueles que agiram de forma a embaraçar a efetivação de provimentos judiciais à época em que sua conduta não era alcançada pelo dispositivo legal do art. 14, inc. V, não poderão sofrer punição.

As únicas conseqüências dessa conduta a que estarão sujeitos são aquelas previstas pelo sistema antes da alteração do art. 14, que dependiam da prova do prejuízo e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Portanto, o juiz não poderá aplicar, quando da prolação da sentença, proferida depois do início da vigência do inciso V do art. 14, multa ao responsável pelo embaraço causado à efetivação do provimento jurisdicional.

O mesmo fenômeno ocorre, segundo pensamos, com a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC, inserido pela Lei 11.232/2005. Assim, ainda que as leis que regem o cumprimento da sentença (Lei 11.232/2005) e a execução de título extrajudicial (Lei 11.382/2006) incidam nas execuções em curso, devem ser resguardados dessa incidência os atos já praticados, os efeitos já gerados, enfim, as “situações consolidadas”.

Porém, conforme ARAKEN DE ASSIS, “a liquidação e a execução ainda não iniciadas, sem embargo de o provimento exeqüível ter sido proferido anteriormente à sua vigência, podem e devem seguir os ditames da lei nova, ou seja, assumir o caráter incidental, e, no caso da execução, dispensando nova citação (com a ressalva do art. 475-N, parágrafo único) e subtraindo ao executado o direito de nomear bens”.²⁸

Assim, “citado o executado para pagar ou nomear bens à penhora (art. 652), na vigência da lei velha, não lhe pode ser subtraído tal direito. A contrario sensu, ainda não citado o devedor, não se lhe estará retirando qualquer direito.

“Isto porque, em tal caso, o executado já adquiriu o direito de nomear bens à penhora, não podendo a lei nova subtraí-lo”.

²⁸ ARAKEN DE ASSIS, Cumprimento de sentença, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 40.

Na mesma linha, sustentam JAQUELINE SILVA e JOSÉ TADEU NEVES XAVIER: *“Se a lei nova entrar em vigor após a realização da penhora, mas antes da intimação, a execução pendente passa a reger-se de acordo com os arts. 475-J, § 1.º, 475-L e 475-M, tendo em vista não ter nascido, ainda, o direito à propositura da ação de embargos (possível na vigência da redação original do CPC de 1973). Haverá aplicação imediata da lei nova”*.²⁹

Bastante interessante é a opinião, que parece ser intermediária, de FLÁVIO YARSHELL e MARCELO MAGALHÃES BONÍCIO.³⁰ Dizem os autores que seria cômodo sustentar a não incidência da lei nova aos processos iniciados sob a autoridade da lei anterior, mas que o correto seria permitir a incidência da lei respeitando-se os atos já praticados e desde que as disposições da lei nova fossem compatíveis com a “quebra da autonomia” do processo de execução.³¹

Vejam-se os seguintes exemplos: entra em vigor a Lei 11.232/2005, estando em curso uma execução de título judicial, que já terá sido suspensa por embargos à execução, apresentados por um dos vários executados. Depois de estar em vigor a lei, o outro co-réu deve apresentar impugnação, de acordo com o art. 475-L, *restando intocado o efeito suspensivo da execução provocado pelos embargos do executado anteriormente opostos, em consonância com a lei então em vigor*. Similarmente, caso, na execução de sentença iniciada antes da entrada em vigor da Lei 11.232/2006, tenha o executado oposto embargos à execução, estes não se “transformam” em impugnação: os embargos continuarão a ter

²⁹ Reforma do processo civil, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2006, p. 240. Esta também é a opinião de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, A nova execução de sentença, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, Cap. 12, p. 177.

³⁰ Execução civil: novos perfis, São Paulo, RCS, 2006, item 9, p. 37 e ss.

³¹ São esses os exemplos dados (de incompatibilidade) por esses autores: “Para ilustrar, parece incompatível com o processo de execução já iniciado (entendendo-se como tal a demanda do credor, com apresentação de memória e requerimento para que o devedor seja citado em execução) a regra do caput do art. 475-J, não havendo como fazer incidir em processos já pendentes uma disposição que pressupõe a quebra da autonomia (uma vez que parte da premissa de supressão do ato de citação). Nesse caso, tal aplicação parece indevida inclusive na medida em que a lei nova estabelece uma sanção adicional para o caso de não pagamento voluntário (multa de 10%), não parecendo possível que tal disposição tenha eficácia retroativa. Também são incompatíveis com processos já instaurados as regras contidas nos §§ 1.º, 3.º e 4.º do mesmo art. 475-J porque, repita-se, tais disposições estão essencialmente calcadas na quebra de autonomia do processo de execução”. Contudo, dizem os autores, têm compatibilidade “com a execução objeto de processo autônomo as regras contidas nos arts. 475-I, §§ 1.º e 2.º, 475-J, § 2.º (na medida em que se permite ao oficial proceder à avaliação), 475-L e 475-M (inclusive parágrafos) – suposto, quanto a esses dois últimos dispositivos, que não tenha ainda corrido intimação da penhora ao devedor porque, se já ocorreu, a partir daí se fixa o cabimento dos embargos do devedor, e não da impugnação, figura prevista pela nova lei no lugar daquele outro remédio”.

efeito suspensivo, como quando opostos, e serão julgados por sentença, como tal apelável, não se aplicando, ao caso, o disposto no art. 475-M, § 3.º. Esse é o rendimento que pretendemos dar à afirmação que temos feito ao longo dessas considerações, no sentido de que, praticado o ato, estando em vigor a lei anterior, ainda que seus efeitos se projetem para o momento em que estará em vigor outra lei, devem ser esses efeitos disciplinados pela lei revogada, vigente ao tempo em que o ato foi praticado.

O mesmo se diga quanto à Lei 11.382/2006. Todos os atos praticados e respectivos efeitos produzidos à luz da lei em vigor anteriormente devem ser preservados da incidência das novas regras, que passam a incidir respeitado o “passado” do processo (isto é, as situações consolidadas). Apresentados os embargos no regime em vigor até 20 de janeiro de 2007, terão suspenso a execução. Retomado o processamento da execução à luz da nova lei, dar-se-á, preferencialmente, adjudicação, alienação particular do bem penhorado e arrematação (art. 686, na redação dada pela Lei 11.382/2006). Citado o executado no regime anterior à reforma, não terá ele prazo de três dias para pagar (cf. nova redação do art. 652, *caput*), mas, apenas, prazo de 24 horas para pagar ou nomear bens à penhora (cf. redação revogada do art. 652). Caso, contudo, o mandado de citação seja juntado quando já em vigor a nova redação do art. 738 (alterado também pela Lei 11.382/2006), terá início o prazo de 15 dias para a apresentação de embargos.

Esta é a opinião de dois dos autores deste artigo.³² Outra, porém, é a opinião de LUIZ RODRIGUES WAMBIER. Segundo este co-autor, nosso sistema processual adotou, para a transição temporal de leis, o que a doutrina costuma definir por critério de *isolamento dos atos processuais*. Isto quer dizer que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem tampouco seus efeitos. Já os atos ainda por praticar serão regulados pela lei nova. Esse critério é encampado pelo art. 2.º do CPP (“*a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”), cujo teor, para alguns, expressaria princípio geral de direito processual intertemporal, e também pelo art. 1.211 do CPC (“*... ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes*”).

O problema, todavia, na opinião desse co-autor, começa justamente por definir-se o que se deva entender por processo pendente. Seriam os processos de execução ainda não encerrados (e, portanto, em certa medida, ainda

³² TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA.

pendentes)? Os processos de execução em que, mesmo iniciados antes da nova lei, ainda não se tenha triangularizado a relação processual? Ou, em vez disso, pendentes seriam os processos de conhecimento cujas respectivas sentenças não tenham tido sua execução forçada iniciada?

É imprescindível que não se percam de vista dois aspectos essenciais: a) as alterações legislativas da Lei 11.232/2005 operaram, topicamente, dentro do processo de conhecimento (o procedimento ordinário ganhou dois novos capítulos) e, dessa perspectiva, apenas “reflexamente” na execução tratada no Livro II do CPC; b) executar a sentença na forma do art. 475-J significa independência da instauração de processo autônomo para tanto. Tudo acontecerá dentro da mesma relação processual.

A pergunta pode ser respondida afirmativamente. A Lei 11.232/2005 não alterou, propriamente, o processo de execução estabelecido no Livro II do CPC. Diferentemente do que pareceu a alguns, não mudou simplesmente o prazo para reação do executado, seus efeitos em relação à execução ou a própria terminologia. As modificações foram muito mais profundas. Criou-se um processo que reúne, numa mesma relação processual, a possibilidade de o órgão judicial atuar, em momentos distintos, tanto no plano da cognição quanto no da execução. A partir daí, na prática, deixou de ser “necessário” o processo estabelecido no Livro II do CPC. A incompatibilidade entre ambos irremediavelmente redundaria na revogação (expressa ou tácita) do mais antigo. Mas aqui está o detalhe que escapa a alguns: essa incompatibilidade surge apenas em relação aos processos de conhecimento cujas sentenças condenatórias ainda não tenham tido sua execução forçada iniciada por meio do processo autônomo do Livro II.

Em sentido contrário, isso quer dizer que os processos autônomos de execução iniciados na forma do Livro II deverão ser encerrados segundo o regime jurídico ali estabelecido. Em termos práticos: o executado terá dez dias para embargar a execução, seja lá quando se opere a garantia do juízo; essa forma de reação sempre ocorrerá por meio de ação própria e terá o efeito de suspender a execução etc.

Assim, e voltando a atenção à terminologia do art. 1.211 do CPC, esses processos de conhecimento cujas sentenças condenatórias ainda pendem de execução forçada representam, em nosso sentir, os “processos pendentes” mencionados na referida norma.

Parte expressiva e qualificada da doutrina tem sustentado esta posição: a de que a Lei 11.232/2005 só deve incidir quando ainda não se tenha dado início à execução de título judicial, pelo Livro II do CPC. A nova lei só incidiria quando a sentença já tivesse sido proferida quando em vigor a nova lei. Diz ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que os processos de execução começados à luz da lei antiga não são atingidos pela alteração do sistema: “*Até a véspera do dia da entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o cumprimento de sentença deve ter sido requerido nos ‘antigos’ termos, portanto, em processo autônomo; e a execução será processada com a observância das normas anteriores, as quais para este efeito continuarão vigentes*”.³³

Pensa, também, mencionado autor, que a parte vencedora, mesmo já dispondo, em seu favor, de sentença condenatória, transitada em julgado, poderia optar esperar até 24 de junho de 2006 para pleitear o cumprimento da sentença, de acordo com a Lei 11.232/2005. “Ou, se fosse o caso de execução provisória, requerê-la conforme as novas normas.”

Da mesma opinião é HUMBERTO THEODORO JR. Ensina esse autor que as ações de execução iniciadas antes da vigência da nova lei prosseguirão até o final de acordo com os padrões da *actio judicati*. Mesmo que tenha transitado em julgado antes da vigência da Lei 11.232/2005, tendo-se iniciado o cumprimento da sentença depois de ter entrado em vigor a nova lei, incide o novo regime.³⁴

Substancialmente idêntica é a posição de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,³⁵ que sustenta ser a citação da parte passiva critério para que incidisse o regime revogado ou o da Lei 11.232/2005. Tendo ocorrido a citação antes de a nova lei entrar em vigor, o processo deve desenvolver-se e terminar segundo as regras revogadas; não ocorrida a citação, incidiria a Lei 11.232/2005. A multa só pode incidir se o trânsito em julgado da sentença se deu estando em vigor a nova lei.

Consignamos, assim, neste artigo, duas opiniões. Segundo ambas, execução de sentença iniciada à luz do sistema anterior segue o sistema anterior: a) até que a lei nova entre em vigor, portanto, é inviável a incidência da multa, porque o momento inicial da execução (em que a multa é “exigida”) já terá ficado superado (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA); b) até o final, já que a lei

³³ Cumprimento da sentença civil, Rio de Janeiro, Forense, 2007, Cap. XII, p. 127.

³⁴ As novas reformas do CPC, Rio de Janeiro, Forense, 2006, item 4.1.11, p. 125.

³⁵ A nova execução, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 292.

11.232/2005 não incidirá jamais. Logo, não há que se falar na multa (LUIZ RODRIGUES WAMBIER).

Interessante a situação da multa, se a sentença foi proferida à luz do regime revogado e começa a ser executada (ou a se submeter ao processo de cumprimento de sentença) à luz da nova lei.

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a multa não pode incidir se a sentença foi proferida antes da entrada em vigor da Lei 11.232/2005.³⁶ Coincide com esta opinião a de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA.³⁷

A justificativa destes autores, com a qual concordamos, é a de que só a nova lei permite que as sentenças gerem este efeito, que, no fundo, consiste em certa dose de “mandamentalidade”. Claro que a multa do art. 475-J não tem a mesma força daquela do regime do art. 461 do CPC. Não quis o legislador que assim fosse. Mas certamente acrescentou às sentenças condenatórias um *plus*, que não havia antes da entrada em vigor da nova lei. Entende-se que a “cobrança” da multa não é o primeiro ato da execução, mas um reflexo de um dos efeitos da sentença.

Lembrem-se aqui as observações acima transcritas, de ARRUDA ALVIM, no sentido de que “aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores”.³⁸ Se ao abrigo de uma lei – que vem a ser revogada – ocorreram todos os fatos normativamente previstos para a incidência dessa lei, é ela que deve incidir até que ocorra no mundo empírico o último reflexo ou efeito do ato inicial. Revogada essa lei, tem-se que regerão, no futuro, os fatos acontecidos no passado, e para os quais essa lei revogada previa uma consequência. Parece-nos que o correto, no caso, é aplicar-se essa lei. Ou, por outras palavras, acaba ocorrendo um fenômeno que pode ser identificado com o valer e aplicar-se a lei revogada, já no ambiente da lei revogadora, na medida em que essa aplicação esteja ancorada em fatos já ocorridos na vigência da lei revogada, cujas consequências implicadas na ocorrência desses fatos hajam de se reger precisamente por essa lei revogada.

³⁶ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO. Cumprimento da sentença civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 127.

³⁷ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (Coord.). A nova execução: comentários à Lei n. 11232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 292.

³⁸ Curso de direito processual civil. São Paulo: RT, 1971, v. 1, Cap. III, nota 12.

Em conclusão, novas leis atingem processos em curso. Mas, *dentro do processo*, também há um *passado*, um *presente*, um *futuro*. O passado há de ser preservado, sob pena de inaceitável irretroatividade. O presente é que será disciplinado.

Assim, e por isso, vê-se que incide, também, no processo o princípio do *tempus regit actum*: a lei que incide é a que está (ou estava) em vigor à época em que o ato processual é (ou foi) praticado. Esta é a lei que rege o ato em si e seus efeitos, ainda que estes se prolonguem no tempo. Com isso, queremos significar, como explicamos acima, inclusive através de exemplos, que a lei que disciplina o ato é aquela que estava em vigor à época em que este tenha sido praticado, e, mesmo que seja revogada em seguida, será esta lei e não a posterior que disciplinará os efeitos do ato anteriormente praticado. Isso porque, quando se concebe um ato processual, deve-se ter presente não o ato em sentido estrito, mas as condições para que ele seja praticado e os efeitos que dele derivam.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Vinícius Costa Vidor

*Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do
Rio Grande do Sul
Juiz Federal Substituto da 19ª Vara Federal de Pernambuco – Juizado Especial Federal*

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Histórico; 3 – Legislação; 4 – Aspectos Controvertidos; 4.1 – Miserabilidade; 4.1.1 – Renda per capita superior a um quarto de salário-mínimo; 4.1.2 – Benefício previdenciário de valor mínimo e apuração e apuração da renda familiar; 4.2 – Deficiência e incapacidade; 4.2.1 – Conceito de pessoa portadora de deficiência; 4.2.2 – Menores de idade; 5 – Conclusão; Bibliografia

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma breve análise das controvérsias fulcrais na concessão do benefício assistencial de prestação continuada, especialmente no que tange à prova da miserabilidade do grupo familiar do qual participa o idoso ou deficiente e à apreciação e definição do fenômeno da incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Para tanto, são analisadas as questões referentes à limitação da renda *per capita*, ao cômputo de outros benefícios assistenciais e previdenciários no cálculo da renda familiar e à definição da deficiência e da incapacidade, seja em adultos, seja em crianças e adolescentes, de modo a viabilizar uma apreciação crítica da legislação e da jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Talvez um dos aspectos mais interessantes do modelo de assistência social adotado pela Constituição Brasileira seja a previsão da garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de

tê-la provida por sua família. Com tal preceito, o modelo valorativo adotado pela Constituição parece assumir que é dever comum de todos os membros da sociedade brasileira preservar o núcleo mínimo de dignidade da pessoa em situação de desamparo social extremo, na qual a vulnerabilidade social é agravada pela fragilidade física.

Em termos descritivos, a principiologia observada na positivação dessa garantia fundamental é de identificação relativamente simples. Todavia, o mesmo não pode ser observado na aplicação de tal preceito, uma vez que a identificação precisa da vulnerabilidade social e física exige não apenas a correta interpretação das normas constitucionais e legais pertinentes, mas, também, uma avaliação criteriosa de uma realidade social bastante particular, na qual modelos e concepções de vida, sociedade e família são reiteradamente colocados à prova.

Um dos objetivos do presente trabalho é exatamente esse, estabelecer um conjunto sistemático de critérios para a correta aplicação da Lei Orgânica da Assistencial Social, seja sob o aspecto normativo, seja sob o aspecto sócio-econômico e ético da questão. Para tanto, foram selecionados alguns aspectos controvertidos na concessão de tal benefício, aos quais se apresenta uma proposta de solução.

2. HISTÓRICO

O precedente histórico do benefício assistencial de prestação continuada surgiu com a publicação da Lei n. 6.179/74, que institui o benefício de amparo previdenciário, no valor de metade do salário mínimo, que era devido aos maiores de 70 anos ou inválidos, desde que eles não auferissem renda superior a este benefício, não fossem mantidos por pessoa de quem dependessem obrigatoriamente e não possuíssem outro meio de subsistência. Ademais, exigia-se que fosse atendida uma das seguintes situações: que tivessem sido filiados ao seu regime de previdência, em qualquer época, por, no mínimo, doze meses; que tivessem exercido atividade remunerada incluída no regime urbano ou rural por pelo menos 5 anos ou que tivessem ingressado no regime urbano após completar 60 anos, sem ter direito aos benefícios comuns.

Tratava-se, como se percebe, de um benefício de natureza mista, que combinava elementos propriamente previdenciários, como a necessidade de vinculação prévia ao sistema urbano ou rural, com elementos assistenciais,

orientados pelo critério da necessidade e da solidariedade.

Com a incorporação deste benefício à Consolidação das Leis de Previdência Social de 1976 (Decreto n. 77.077/76), ele passou a ser denominado de renda mensal vitalícia, denominação mantida pelo artigo 139 da Lei n. 8.213/91, que regulamentou o período de transição entre a CLPS/76 e a regulamentação do artigo 203, V, da Constituição. No caso, a renda mensal vitalícia continuou sendo paga nestes termos até dezembro de 1995, quando publicado o Decreto n. 1.744/95, que regulamentou a efetiva implementação do benefício.

Com a recente estrutura normativa, o benefício assumiu natureza exclusivamente assistencial, tendo sido excluídas as exigências de vinculação prévia ao regime previdenciário.

3. LEGISLAÇÃO

Atualmente, o benefício assistencial de prestação continuada encontra-se regulado pelo disposto nos artigos 20 e 21 da Lei 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social, e pelo Decreto n.º 6.214/07.

Essencialmente, tais dispositivos estabelecem como requisitos para a fruição do benefício (1) alternativamente, (a) a incapacidade para a vida independente e para o trabalho ou (b) a idade igual ou superior a 65 anos (artigo 34 do Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/03) e (2), necessariamente, a miserabilidade do grupo familiar.

Para tanto, entende-se por incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família (conjunto de pessoas elencadas no artigo 16 da Lei n.º 8.213/91, ou seja, cônjuges, companheiros, ascendentes, filhos e irmãos, desde que vivam sob o mesmo teto) cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto de salário mínimo.

Esboçados os contornos normativos da questão, cabe analisar os aspectos controvertidos na concessão de tal benefício.

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS

4.1 Miserabilidade

4.1.1 Renda *per capita* superior a um quarto de salário-mínimo

O primeiro aspecto controvertido na concessão do benefício assistencial e aquele com maior repercussão jurisprudencial é, certamente, o referente ao limite da renda mensal *per capita*.

A origem de tal dificuldade deriva da própria objetividade do critério estabelecido pelos §§ 1º e 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, que retiraria das mãos da Administração e do Poder Judiciário a apreciação valorativa da situação concreta de determinado grupo de pessoas, estabelecendo um parâmetro definitivo para a concessão ou não do benefício assistencial.

Há que se destacar que a constitucionalidade de tal dispositivo já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo essa Corte declarado que o § 3º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93 não ofende o disposto no art. 203, V, da Constituição Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (STF, ADI 1.232-1/DF, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 01.06.2001.)

Todavia, a existência de tal critério objetivo, ao contrário do que se poderia concluir em um primeiro momento, não excluiu, de fato, a possibilidade de apreciação dos aspectos peculiares da situação concreta do postulante ao benefício assistencial. Isso porque a incapacidade de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência não decorre apenas dos custos econômicos da enfermidade ou da fragilidade advinda com a idade, mas, antes, resulta da consideração de fatores sociais, familiares e culturais, a partir dos quais pode ser apreciada a efetiva preservação das condições mínimas de vida a essas pessoas.

Nesse ponto, é importante observar que a adoção do critério objetivo definido pelos §§ 1º e 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 pode levar a sérias distorções na apuração da capacidade de prover o próprio sustento em determinado grupo familiar, uma vez que a mera apuração da renda bruta total do conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto não é um critério especialmente adequado à apreensão da infinidade de variações seja de composição, seja de proximidade afetiva ou mesmo de realidade social das famílias que compõem o substrato do programa assistencial.

Para ilustrar tal consideração, tomem-se, como exemplos, duas situações concretas: a primeira, de um idoso que reside só em moradia própria, que goza de boa saúde e que percebe auxílio de um filho residente em outro município, no valor de R\$ 1.000,00; a segunda, de um deficiente que reside com os pais, em pequena moradia alugada na zona rural e que depende de medicação com alto custo, sendo que apenas um dos membros da família é empregado, recebendo remuneração de um salário-mínimo. Note-se que, no primeiro caso, a aplicação pura de tais dispositivos levaria à conclusão de que o idoso teria direito ao benefício, enquanto que o deficiente não, contrariando a própria finalidade da garantia constitucional.

Se a aplicação literal da norma provoca distorções nesses exemplos paradigmáticos, parece haver um indicativo de que a interpretação de tais dispositivos exige uma integração casuística e principiológica, seja para a concessão, seja para o indeferimento do benefício. Em suma, se a verificação da renda não é suficiente para determinar a capacidade de prover o próprio sustento, tal critério é normativamente deficitário para viabilizar a concretização da garantia fundamental e mesmo a correta aplicação do *caput* do artigo 20 da Lei n. 8.742/93.

Observe-se, inclusive, que, evoluindo na análise da questão, o próprio Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 4.374, publicada no DJ de 06.02.2007) passou a indicar que o critério de um quarto do salário-mínimo representa apenas uma presunção legal de miserabilidade para fins assistenciais, mas que tal presunção não afasta a possibilidade de reconhecer tal situação quando a renda, mesmo superior a tal montante, não descaracteriza a situação precária em que se encontra o requerente do benefício.

O déficit normativo dos §§ 1º e 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, na verdade, é insuperável pela via legislativa, uma vez que procura delimitar um conceito jurídico indeterminado cujo preenchimento só é possível pela via da experiência. Assim, o critério de um quarto de salário-mínimo deve ser

admitido apenas como um ponto de partida, mas, jamais, como premissa maior do ato de aplicação da norma concessiva do benefício assistencial.

A título de esclarecimento, alerto que interpretação semelhante de tais dispositivos também vem sendo acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, o que corrobora as considerações até aqui feitas:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...)

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 841.060/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 25.06.2007 p. 319.)

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA SUPERIOR AO LIMITE PREVISTO NO § 3º, ART. 20, DA LEI Nº 8.742/93. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL COM O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o

critério para aferição da renda mensal deveria ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador fizesse uso de outros elementos probatórios.

Jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal também prestigiando a análise probatória nos casos de miserabilidade no benefício assistencial.

Aresto recorrido fincado exclusivamente no limite do §3º, do art. 20, da Lei 8.742/93. Retorno dos autos à Turma Recursal de origem para exame dos demais elementos de prova. Incidente conhecido e provido.

(TNU, PU nº 200643009023178, Relator Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, DJU 07/11/2007.)

Em suma, apesar de haver uma clara opção legislativa por um modelo econômico de apreciação da miserabilidade do grupo familiar para fins assistenciais, a deficiência intrínseca do critério normativo adotado pelo legislador inviabiliza a concretização da garantia constitucional, exigindo uma interpretação conforme do disposto nos §§ 1º e 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93.

4.1.2 Benefício previdenciário de valor mínimo e apuração da renda familiar

Um segundo aspecto controvertido na comprovação da miserabilidade para fins de fruição do benefício assistencial surgiu com a publicação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) que, nos termos do art. 34, parágrafo único, passou a determinar que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família do idoso não seria computado para os fins de cálculo da renda familiar *per capita* relativamente à concessão de outro benefício assistencial:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

No caso, tal dispositivo parece assegurar ao grupo familiar de que faz parte o idoso condições mínimas para a manutenção de sua dignidade, estabelecendo em favor destes uma presunção legal de que um benefício assistencial, percebido por qualquer membro da família, será destinado à manutenção daquele idoso ou deficiente, não sendo apto a suprir as necessidades de outro idoso.

Neste ponto, parece importante observar que o benefício assistencial não foi estruturado como um benefício para o grupo familiar, mas, antes, como um benefício individualizado que leva em consideração determinada situação familiar, de modo que, até a publicação do Estatuto do Idoso, quem o percebia não poderia acumulá-lo com outros programas de transferência de renda, uma vez que a elevação da renda em razão do próprio benefício poderia superar os patamares fixados pela lei.

Em razão do déficit normativo do critério, bem como em razão da adoção de uma interpretação extensiva do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, tem-se verificado que a aplicação de tal dispositivo tem sido utilizada para justificar a exclusão do valor do benefício assistencial do total da renda *per capita* também no caso (1) do deficiente que integra grupo familiar no qual outro membro já percebe o benefício assistencial e (2) do grupo familiar em que um dos componentes percebe um benefício previdenciário no valor de um salário-mínimo.

Ilustrativo desta posição é o acórdão abaixo relacionado:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVOS REGIMENTAIS. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. IDOSOS E INCAPAZES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/03. 1. Consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público é dado promover, via ação coletiva, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque tidos como espécie dos direitos coletivos, desde que o seu objeto se revista

da necessária relevância social. Ademais, dispõe o art. 74, inciso I, da Lei n.º 10.741/03, competir ao Ministério Público instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. 2. Despropositada se afigura a interpretação literal e restritiva do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, segundo a qual somente o benefício concedido a qualquer membro da família nos termos do caput do indigitado dispositivo “não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS”. Fere a razoabilidade e, sobretudo, a isonomia, o fato de aquele que contribuiu a vida inteira para a Previdência Social ter seu benefício no valor de um salário mínimo computado no cálculo da renda familiar, ao passo em que excluído do referido cálculo o benefício assistencial percebido pelo idoso que nada verteu para o sistema previdenciário. 3. Ainda que tratando especificamente do idoso, o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03 não pode deixar de ser aplicado no caso do “incapaz para a vida independente e para o trabalho”, porquanto não se pode dizer que economicamente haja qualquer distinção. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 2005.04.01.022719-0, Sexta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJ 16/11/2005.)

Adotando-se essa perspectiva, parece haver um resgate da interpretação meramente econômica da condição de miserabilidade do grupo familiar, adotada pela literalidade do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 e já contextualizada no item anterior, uma vez que a aplicação analógica indiscriminada do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso tem por orientação interpretativa o valor do benefício e apenas subsidiariamente sua natureza jurídica. Alerta-se, também, que os argumentos formulados na análise da questão implicam, em diversos casos, a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, típica de sentenças aditivas.

Uma análise mais detida dos fundamentos para a aplicação de tal regra, por outro lado, indica que a exclusão do valor de benefícios assistenciais e previdenciários da renda do grupo familiar não deve ser generalizada, mas

orientada segundo critérios teleológicos, derivados do art. 203 da Constituição Federal.

Lembre-se de que a garantia de um salário-mínimo ao idoso e à pessoa portadora de deficiência não deve ser interpretada exclusivamente como um programa assistencial de garantia de renda mínima, orientado por critérios de miserabilidade, mas que há uma clara opção constitucional e legal por uma comunhão de circunstâncias que acentuam a dificuldade de inserção social.

De fato, parece haver uma inconstitucionalidade por omissão parcial no que tange à exclusão do benefício assistencial percebido por membro da família do deficiente quando da apuração da renda *per capita*, pois não há causa jurídica válida para se levar em conta o valor de tal benefício quando o mesmo, pela própria presunção criada pela regra, será destinado à manutenção daquele idoso ou deficiente específico, não viabilizando a manutenção, mesmo parcial, de um segundo idoso ou deficiente.

A segunda conclusão, por outro lado, viola em parte não apenas o propósito da garantia fundamental, mas mesmo a presunção criada pelo artigo do Estatuto do Idoso, ao supor que a análise é meramente econômica. Na verdade, será possível, sim, a exclusão do valor de determinado benefício previdenciário da renda *per capita* do núcleo familiar, mas apenas nos casos em que tal benefício destine-se a atender as necessidades de pessoa idosa ou incapacitada para o trabalho e para a vida independente, o que abarcaria, principalmente, a aposentadoria por invalidez.

Note-se que, se a análise fosse mesmo econômica, o mero fato de determinado membro do grupo familiar ter contribuído para a Previdência Social não seria fator de discriminação legítimo para a inclusão de seu benefício no valor da renda *per capita*, sob pena de clara violação ao princípio da isonomia. Em sendo ela não apenas econômica, mas, ainda, teleológica e circunstancial, apenas o preenchimento de determinados requisitos permitiriam a exclusão de seu valor no cômputo da renda familiar, a saber: (1) benefício previdenciário de valor igual ou inferior ao salário-mínimo, (2) percebido por pessoa com 65 anos ou mais – idoso para fins assistenciais – ou (3) por pessoa incapacitada totalmente para o exercício de atividades laborais.

4.2 Deficiência e incapacidade

4.2.1 Conceito de pessoa portadora de deficiência

O terceiro aspecto controvertido na concessão do benefício assistencial é o próprio conceito de pessoa portadora de deficiência, tal como adotado pela Constituição, seja em razão de sua definição legal, incapacidade para a vida independente e para o trabalho, seja em razão de sua regulamentação pelos Decretos ns. 1.744/95 e 6.214/07.

No caso, o artigo 2.º do Decreto n. 1.744/95 valorizou um modelo de natureza médica, definindo a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, que impedissem o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho. A ênfase de tal modelo parece se encontrar na demarcação de uma fronteira entre a deficiência e a doença, tendo-se a primeira como um estado refratário ao tratamento ou mesmo à cura e a segunda, como uma condição essencialmente temporária e suscetível de reversão.

O Decreto n. 6.214/07, por sua vez, adotou uma perspectiva não apenas biológica, mas sociocultural, estabelecendo a deficiência como a limitação ao desempenho de atividades ou restrição à participação efetiva no ambiente físico e social correspondente, com redução acentuada da capacidade de inclusão social.

Admitiu-se, com a nova regulamentação, que o fenômeno da incapacidade é multidimensional, abarcando não apenas o resultado das limitações físicas nas atividades do dia-a-dia, mas as repercussões de tais limitações no ambiente sociocultural em que inserido o deficiente. Desse modo, o grau de incapacidade passou a ser avaliado não mais com pretensões universalistas, mas contextualizado com o meio e as particularidades da realidade social do deficiente.

O grau de deficiência de uma pessoa com artrose, por exemplo, não é idêntico para uma pessoa situada em um meio sociocultural exclusivamente rural, na qual todos os integrantes da comunidade exercem atividades correlatas ao cultivo vegetal (colheita de cana-de-açúcar e agricultura de subsistência, por exemplo), e para uma pessoa situada em um ambiente urbano, no qual se possa verificar uma capacidade de inserção no setor de serviços ou de comércio. Do mesmo modo, a gradação da incapacidade decorrente de limitações físicas sofre variações de acordo com a escolaridade de seu portador.

A definição da deficiência e da incapacidade perpassa a fronteira entre a ciência médica e as ciências sociais, exigindo não apenas a identificação das funções corporais básicas, mas, também, de quais habilidades devem ser tidas como “normais” no seio das interações entre a pessoa e o seu meio, uma avaliação de cunho não apenas técnico, mas ético.

A compreensão do que caracteriza a incapacidade para a vida independente e para o trabalho desenvolve-se a partir do modelo de vida, de sociedade e de ser humano adotado em determinada comunidade, estando intrinsecamente ligada aos traços fundamentais do que se identifica como a dignidade da pessoa humana.

4.2.2 Menores de idade

No contexto do mundo adulto, a avaliação da incapacidade envolve, necessariamente, o que veio a se denominar como “capacidade para o trabalho”, ou seja, a aptidão para a prática de atividades inseridas na cadeia econômica de produção e consumo, em regra, mediante remuneração. Relativamente aos menores de idade, entretanto, há uma presunção normativa de incapacidade para o trabalho, de modo que a avaliação do grau de deficiência é desprovida de um de seus elementos fundamentais, exigindo não apenas uma melhor contextualização etária, mas, também, uma apreciação mais detalhada da dinâmica do grupo familiar.

No caso da criança e do adolescente deficiente, o benefício assistencial é desprovido do caráter essencialmente individual observado quando da sua concessão para a população adulta, passando a representar um anteparo da família como um todo, na medida que os cuidados especiais decorrentes da própria deficiência são atendidos pelos pais ou por quem lhes faça o papel, dada a situação não apenas de desenvolvimento físico, mas, também, mental e social incompleto verificado no menor.

A capacidade de inserção e de participação social da criança e do adolescente deficiente, a par de ser apreciada individualmente de acordo com a faixa etária e o grau de desenvolvimento dessas capacidades relacionais no modelo de vida observado naquela comunidade, deve ser também apurada no que tange à capacidade de o grupo familiar viabilizar tais interações e às eventuais privações que o próprio grupo sofre em razão da deficiência.

Em um grupo familiar monoparental, uma deficiência que exija o consumo regular de determinado medicamento ao longo do dia, exigindo

a presença constante do genitor, em prejuízo à sua atividade laboral, será graduada distintamente de tal deficiência verificada em um grupo familiar composto por pais e diversos irmãos maiores que podem assumir esse papel, por exemplo.

Nesse aspecto, o § 2º do art. 4º do Decreto n. 6.214/07 supriu a lacuna da regulamentação, destacando as especificidades da situação da criança e do adolescente:

§ 2º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada de crianças e adolescentes até dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.

Esboçando algumas das conclusões supratranscritas, o precedente abaixo relacionado também é bastante elucidativo:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MENOR. CRIANÇA PORTADORA DO VÍRUS HIV. CONDIÇÕES PESSOAIS. (...) 5. O benefício assistencial, quando concedido a menor deficiente, que necessite de cuidados especiais, em verdade não está sendo concedido única e exclusivamente a esse menor e a seu interesse, senão que ao conjunto familiar em que ele está inserido e que é responsável pela sua manutenção. Trata-se, por óbvio, de uma complementação da renda familiar, destinada a possibilitar meios de sobrevivência mínima a quem não dispõe de condições financeiras e, ainda, precisa conviver com grave problema de saúde de um dos membros da família. O benefício compensa, por assim dizer, os demais familiares pela impossibilidade de se dedicarem com exclusividade aos seus trabalhos, comprometidos que estão com a necessária atenção

ao menor deficiente. 6. Apelação desprovida para manter a sentença que concedeu o benefício assistencial à menor. (TRF4, AC 2004.70.02.002116-8, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, DJ 26/04/2006.)

Relativamente à concessão do benefício assistencial a crianças e adolescentes, também é importante deixar claro que 42% dos beneficiários identificados como deficientes possuem idade igual ou inferior a 24 anos e 35% têm idade inferior a 18 anos, o que revela que tal parcela da população é a principal beneficiária da garantia de renda mínima ao deficiente. Ademais, a análise da distribuição etária na concessão do benefício revela, também, que parece haver não apenas uma maior prevalência de deficiências nesse grupo da população, mas, também, que há uma aparente sobreavaliação do critério trabalho no processo de avaliação da deficiência, na qual os potenciais beneficiários em idade adulta são excluídos do programa por serem considerados aptos para a realização de determinadas atividades laborais.

5. CONCLUSÃO

Como se pode observar ao longo desta breve exposição, a aplicação da legislação referente ao benefício assistencial de prestação continuada, apesar de reduzida no que tange ao número de dispositivos constitucionais e legais pertinentes, exige uma aguçada percepção da realidade social brasileira e dos valores éticos que permeiam o modelo de vida boa adotado pela Constituição Federal, na qual sobressaem a experiência e a capacidade de se colocar no lugar do outro.

Importante lembrar, também, que os critérios pretensamente objetivos fixados pela legislação são normativamente deficitários para fins de avaliação de uma realidade permeada por aspectos pessoais, sociais, econômicos e culturais, o que os torna essencialmente incongruentes com as situações que pretendem descrever.

Por fim, não se pode deixar de alertar que o tratamento intensamente casuístico que vem sendo dado à questão do benefício assistencial de prestação continuada, carente de uma sistematização doutrinária profunda e coerente, poderá levar a uma descaracterização do próprio modelo de assistência social adotado pela Constituição.

BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

COIMBRA, J.R. Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MEDEIROS, Marcelo. DINIZ, Débora. SQUINCA, Flávia. **Transferência de Renda para a População com Deficiência no Brasil: uma análise do Benefício de Prestação Continuada**. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1184.pdf > Acesso em: 20 jun. 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Memória

Juízes Federais já em função na Justiça Pernambucana

Acaba de ser empossado no cargo de juiz federal substituto da 2ª. Vara, nesta cidade, o Dr. Emerson Câmara Benjamim.

De conformidade com a lei nº 5.010/66, os juízes federais substitutos permanecerão sempre em exercício, simultaneamente com os titulares das respectivas Varas, para a instrução e julgamento dos feitos.

Por outro lado, o Dr. Artur Maciel, também especialmente designado pelo Presidente da República, já assumiu o cargo de juiz federal, dividindo com aquele a competência para julgamento dos feitos na instância federal sob a responsabilidade de ambos.

Diário de Pernambuco, 13/05/1967

Ministro quer instalação imediata da Justiça Federal dos Estados

É de interesse do Ministério da Justiça fazer funcionar, no mais breve prazo possível, todas as Secretarias da Justiça Federal, recém-criadas, com o objetivo de representar o Poder Central nos Estados, já tendo sido para isso liberada a verba de NCR\$ 3,5 milhões, em dias da semana passada.

A informação é do chefe de gabinete do ministro Gama e Silva, Coronel Armando Varela de Almeida, que, esta manhã, regressa ao Rio, após presidir, no Recife, o Encontro Nordeste do Bem-Estar do Menor, encerrado ontem, à noite.

Em seu poder, o representante do ministro da Justiça leva amplo relatório das conclusões do Encontro, bem como a documentação elaborada pelas 1ª. e 2ª. Varas da Justiça Federal, relativa aos locais em que deverão ser instaladas, tendo em vista estar funcionando, precariamente, no Palácio da Justiça.

Os prédios escolhidos, ainda dependendo de confirmação, são o do Banco Central, antigo “Franco Ferreira”, por trás dos Correios e Telégrafos, e o da antiga Cia. Costeira, no Bairro do Recife, atualmente ocupado pelo Loide Brasileiro.

Já Instalada

Lembrou o representante ministerial que, embora ainda não esteja funcionando normalmente, a Justiça Federal em Pernambuco já vem sendo exercida, visto que foram nomeados os juizes da 1ª. e 2ª. Vara, este último, Sr. Orlando Neves, já devidamente promovido.

Disse, ainda, que dentro dos próximos dias a Justiça Federal estará devidamente instalada e que, posteriormente, passará a funcionar integralmente, com o quadro de funcionários já organizado, retirado de outras repartições, já que o Governo não pretende efetuar novas nomeações.

Na Guanabara, as diversas Varas já se acham devidamente instaladas, enquanto nos demais Estados aguarda-se, ainda, a escolha de prédios, para compra ou aluguel.

Diário de Pernambuco, 01/06/1967

Técnicos estudam adaptação de prédio para Justiça Federal

O problema de instalação da Justiça Federal neste Estado, que vem sendo objeto dos mais variados comentários, dada a situação em que chegou, com 4 juízes (sendo dois substitutos, mas com funções específicas), nomeados há mais de dois meses, mas sem local para trabalhar, poderá ter solução definitiva somente nos próximos 5 meses. Até lá os juízes terão mesmo que se conformar com as acomodações emprestadas pela Procuradoria da República (por sinal das piores existentes no Estado).

Reunião

Há poucos dias a comissão de instalação da Justiça Federal, presidida pelo juiz da 1ª Vara, Sr. Artur Maciel, tendo como membros o juiz da 2ª Vara, o procurador da República e o professor Heraldo Almeida (representante da OAB-PE), esteve reunida com o objetivo a dar uma solução ao intrincado problema. Vários prédios foram antes pretendidos pelos que compõem a aludida comissão, mas naquela reunião, chegou-se à conclusão de que o prédio onde funcionou a antiga companhia costeira serviria para localizar perfeitamente a Justiça Federal.

Relatório foi remetido ao Tribunal Federal de Recursos, dando o resultado a que se chegou, informando, por outro lado, as características do prédio. Solicitou-se, igualmente, que o presidente daquele Tribunal entrasse em entendimento com o ministro dos Transportes do atual Governo, coronel Mário Andreazza, visando à sua aquiescência no sentido de transferir o imóvel à Justiça Federal.

Agora o presidente da comissão de instalação recebeu do presidente do TFR telegrama solicitando informações a respeito da importância necessária à adaptação do velho prédio.

Tão logo recebeu o despacho telegráfico, o Sr. Artur Maciel convocou uma equipe de engenharia para estudar o problema e dar as informações solicitadas pelo Tribunal.

Pretende o Sr. Artur Maciel localizar, após adaptação que deverá ser feita, no térreo do edifício, a Diretoria do Foro, com gabinetes do secretário; salão para funcionamento dos diversos serviços.

No mesmo andar ficará a Procuradoria Regional da República, almoxarifado, arquivo morto, sala de advogados, sala de imprensa, sala do

Chefe da Segurança, sala do distribuidor, sala do contador, tesouraria, copa e cozinha, banheiros sanitários e caixa forte.

No primeiro andar deverá ser instalada a 1ª Vara, que será dotada de 2 gabinetes (para o juiz titular e o substituto) e duas salas de audiência, o mesmo ocorrendo no 2º andar, onde deverá ficar instalada a 2ª Vara.

Os estudos sobre o assunto estão sendo feitos pela equipe de engenheiros e tão logo disponha dos necessários dados técnicos, o juiz Artur Maciel convocará nova reunião da comissão.

Diário de Pernambuco, 21/06/1967

Inaugura-se hoje Fórum Neves Filho

O Fórum Desembargador Neves Filho, nova sede da Justiça Federal de Pernambuco, será inaugurado hoje, às 17 horas, em solenidade presidida pelo ministro Cunha Melo, do Tribunal Federal de Recursos.

A cerimônia terá início com discurso do Juiz Federal Artur Maciel, titular da 1ª. Vara e diretor do Fórum. Os participantes da III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados estarão presentes.

Diário de Pernambuco, 11/12/1968

Juiz Federal detesta a Justiça como arma dos poderosos

“O Brasil me dói porque gostaria de vê-lo uma nação autenticamente democrática. Dói porque gostaria de vê-lo um povo feliz, imune da marginalização, forte pelo seu potencial criador, grande pelas raízes que poderia e deveria fincar ao chão. Gostaria de vê-lo ostentando um poder judiciário forte, defendendo as garantias constitucionais do “Jeca” que residisse no mais distante rincão da pátria”.

Estas afirmações são do juiz federal Artur Maciel, proferidas, ontem à tarde, em discurso na solenidade de inauguração do Fórum desembargador Neves Filho, nova sede da Justiça Federal de Pernambuco. As solenidades inaugurais foram presididas pelo ministro Cunha Melo, do Tribunal Federal de Recursos.

Repúdio

O juiz Artur Maciel disse repudiar “a justiça que seja instrumento dos poderosos, economicamente eficazes ou publicamente gloriosos. Detesto a justiça que movimentava o turíbulo – espalhando o incenso e que eventualmente detenha condição de mando. Não acredito na justiça que recebe recado dos Césares do dia, salvo o princípio basilar da harmonia e independência dos poderes”.

“O poder judiciário – prosseguiu – é o instrumento palpável que o cidadão tem acesso, para se proteger contra a ameaça ou a injúria aos seus direitos. Essa instrumentalidade há de ser forte, invulnerável, granítica, sem o que se dará a própria negação do Direito. Se o judiciário fraqueja aqui, escorrega ali e se deteriora acolá, descumpra a sua missão primordial e entrega os homens da sociedade à sanha dos mais fortes, à lei da selva, ao regime da jungle”.

Neves Filho

O juiz Orlando Neves agradeceu as homenagens prestadas à memória do seu falecido pai, colando o seu nome na sede da Justiça Federal.

Relembrou episódios da vida pública e privada do desembargador Neves Filho, recordando sua fidelidade à fé e à justiça.

Falaram, ainda, o ministro Cunha Melo, o procurador da República, Sr. José Maria Jatobá e o advogado Berguedof Elliot, em nome da Ordem dos Advogados.

Diário de Pernambuco, 12/12/1968

Do sonho à realidade, uma Casa de Justiça

Petrucio Ferreira

Foi de um sonho revolucionário e, por isto, renovador, brotado inicialmente, nas criativas e sadias mentes de Arakén Mariz e José Delgado, e, posteriormente, desenvolvido e cultivado por todos que faziam e fazem o Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal e a Justiça Federal da 5ª Região que nasceu este sonho, hoje tornado realidade, e cuja concretização celebramos: a sede própria da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

E pedra sobre pedra, cimento, ferro e madeira distribuídos através de um trabalho harmonicamente disposto, comandado pela engenharia de quantos fizeram nascer esta maravilha arquitetônica, se transformaram nesta Casa, neste Palácio, neste Templo erguido em homenagem, permitam-me os romanos, não à deusa justiça – pobre e limitada em sua cegueira à realidade cósmica e, ao mesmo tempo, ontologicamente enraizada nas profundezas da pessoa humana -, mas ao próprio Deus-Justiça. O que tudo vê e sabe, além de conhecer os segredos da alma.

Nesta oportunidade, importa lembrar que sendo o juiz de direito tornado homem, como afirma Piero Calamandrei, se desse homem é que se pode esperar a proteção prometida pela lei. Que jamais nesta Casa deixem as decisões de seus magistrados de realizar a expressão da mais lídima e correta Justiça, ao menos em termo de convicção do seu prolator, que de sã consciência não se dará ao direito de negar a Justiça. Afinal de contas não há como esquecer que ao juiz – lembra Calamandrei -, o Estado confiou um poder temível e que mal exercido pode fazer passar por justa a injustiça, constranger a majestade da lei a mudar-se em campeã do mal e imprimir de maneira indelével, sobre a cândida inocência, a marca sanguinolenta que sempre a tornará parecida com o delito. Que nesta Casa, no seu múnus cotidiano, os juízes tratem com imparcialidade as partes e mais ainda os interesses que por elas lhes são deduzidos para solução e pondo o mesmo escrúpulo na solução de todas as causas, por mais humildes que sejam, tenham sempre presente, como diz o mesmo Calamandrei, que não há causas grandes e pequenas, visto a injustiça não ser como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomados em grandes doses matam, mas em pequenas curam. A injustiça envenena e mata, mesmo em doses homeopáticas.

Protrai-se ao longo da história do Brasil, dentro de sua continuidade, mas a agravar-se cada vez mais, a crise do Judiciário. É como observou Walter Ceneviva em publicação na Folha de São Paulo (6/93) intitulada de Falta de Autoridade – “De repente o judiciário começou a ser apontado como um dos maiores vilões da crise brasileira.” Dentre os poderes constituídos, o grave é que não se pode negar ao Judiciário a vocação primeira, pois dada à própria essência estrutural, lhe é nato e peculiar ser a tábua de salvação da sociedade, a primeira e última esperança, o socorro que não haverá de faltar.

Por falar em Judiciário e em Justiça, existe, como reclamam profissionais da comunicação, uma total e completa ignorância quanto à sua estrutura, seu papel como um dos poderes constituídos e a própria atividade judicante de seus membros. Em artigo recente, o ministro Francisco Rezek registra que reina uma permanente ignorância do público externo daquilo que ao juiz é dado decidir, e daquilo que escapa ao âmbito dos seus poderes. Sobre a matéria, o ministro Octávio Galloti afirmou que nem sempre se compreende que todo juiz está sujeito ao cumprimento da lei, impedido de substituí-la por desejo pessoal ou por qualquer critério útil de conveniência, nem ceder à tentação de popularidade.

Ressalte-se ainda que a crise do Judiciário não é isolada. Reflete o conjunto da crise que envolve o Estado, a produção e efetivação do direito e a formação profissional. É inquietante, contudo, a falta de perspectivas que apontam para a desobstrução dos obstáculos que impedem o acesso à Justiça.

O próprio Ceneviva, ao reconhecer que o Judiciário ainda é, na maior parte dos Estados, sério e honesto, registra a visão distorcida do papel deste poder na sociedade. E conclui que o exame atento da situação mostrará a injustiça de se lançar todas as culpas sobre as costas dos magistrados. “Inocentes de todo eles não são, porém a culpa é de ser dividida com os dois outros poderes – Executivo e Legislativo – detonadores da confusão em que temos vivido, e portanto, sem autoridade moral para criticarem os homens (e mulheres) de toga”.

Diário de Pernambuco, 29/12/1994

Este livro foi composto nas
fontes Minion Pro, corpo 12 e 14, com tiragem de
400 exemplares. Capa impressa em supremo 250g/m² e
o miolo em off-set (imune) 75 g/m².

Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em março de 2009.

Fone: (81) 3217.2500 - Fax: (81) 3222.5126

E-mail: cepecom@cepe.com.br