

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 7 N° 15 - Janeiro/Junho - 2002



SUSTAÇÃO DO PROCESSO
CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR.

Damião de Jesus

¿INFLUYEN LOS VOTOS
PARTICULARES EN LA EFICACIA
DE LAS SENTENCIAS?

Maria Angeles Ahumada Ruiz

DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA
SÉXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR
OS TRIBUNAIS ELEITORAIS
Joel José Cândido

TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA
E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA
DE MÉRITO

José Eduardo Carneira Alvim

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA
DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA
DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
Humberto Theodoro Júnior



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070-070



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO - ESMape**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, conforme
Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87.
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070-070
Fone/Fax: (081) 3421-1816 / 3421-8457 - 3421-7678

DIRETORIA RECIFE

DIRETOR GERAL

Des. Jovaldo Nunes Gomes

SUPERVISOR

Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**COORDENADORES DE PESQUISA E DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA E
CULTURAL**

Juiz André Vicente Pires Rosa

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

**COORDENADORES DOS CURSOS DE EXTENSÃO, PÓS-
GRADUAÇÃO, PREPARAÇÃO E**

APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Juiz Alexandre Freire Pimentel

Juiz Carlos Humberto Inojosa Galindo

**COORDENADORES DO CURSO DE PREPARAÇÃO À
MAGISTRATURA**

Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Juiz Sílvio Romero Beltrão

**COORDENADOR DE EVENTOS CIENTÍFICOS E CULTURAIS E
ASSESSORIA JURÍDICA VIRTUAL**

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

COORDENADORA DE PRÁTICA JURÍDICA EM SALA DE AULA

Juiz Silvania Espérin da Silva

COORDENADOR DE PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juiz Roberto da Silva Maia

DIRETORA DE SECRETARIA

Josina de Sá Leitão

DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO, PATRIMÔNIO E FINANÇAS

Josenildo Vieira da Silva Júnior

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE CARUARU

DIRETORIA

DIRETORA REGIONAL

Juiz Silvia Virginia de Amorim Batista

COORDENADOR DO CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**COORDENADOR DE PESQUISA E EVENTOS DE DIVULGAÇÃO
CIENTÍFICA E CULTURAL**

Juiz José Anchieta Félix da Silva

COORDENADOR DE PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juiz Felipe Augusto Gemir Guimarães

SECRETÁRIO REGIONAL

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO**

Volume 7 - Número 15
janeiro/junho - 2002

REVISTA DA ESMape

Recife

Semestral

Revista da Esmape - Recife - V.7 N° 15 - 003-676 - jan/jun 2002 → 3

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Juiz André Vicente Pires Rosa
Membros: Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Juiz Alexandre Freire Pimentel

Coordenação Técnica e Editorial: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária – CRB-4/1006)

Revisão: Profª Eulene Staudinger – Fone: (81) 32512684

Foto da capa: Fred Jordão/IMAGO

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
E S M A P E

Tiragem: 1.000 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@fisepe.pe.gov.br

www.esmape.com.br



Produção Gráfica:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (81) 3441.0132/3441.0133/3441.0134

E-mail: bagaco1@uol.com.br

bagacp1@terra.com.br

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMape, 1996 – v. Semestral

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

Josj/ESMAPE

COO 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2001

CORPO DOCENTE

RECIFE

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Juiz André Vicente Pires Rosa
Professora Adriana Coutinho Rocha
Professor Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
SUBSTITUTOS

Procurador Walber de Moura Agra
Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho
Procurador José Carlos de Arruda Dantas

DIREITO ADMINISTRATIVO I

Procuradora Eugênia Giovana Simões Inácio Cavalcanti
Procurador João Armando Costa Menezes
Procurador Oscar Vilaça de Melo Filho
SUBSTITUTOS

Promotor Josenildo da Costa Santos
Juiz Alfredo de Souza

DIREITO CIVIL I

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
SUBSTITUTOS

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Juiz José André Machado Barbosa Pinto

DIREITO PENAL I

Advogado Guilherme da Rocha Ramos
Delegado José Durval de Lemos Lins Filho
Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão
SUBSTITUTOS

Promotora Patrícia de Fátima Oliveira Torres
Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Lúcio Grassi de Gouvêa
Juiz Sérgio Torres Teixeira
SUBSTITUTOS

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Roberto da Silva Maia

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Juiza Silvana Espéria da Silva
Advogado João Olympio Valença de Mendonça
Juiz Adéildo Nunes

SUBSTITUTOS

Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha

Juiza Sandra de Arruda Beltrão

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Advogada Cristiana Pragana Dantas

Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior

Juiz Hélio Silvío Ourem Campos

SUBSTITUTOS

Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior

Juiz José Viana Ulisses Filho

DIREITO COMERCIAL I

Professor Luiz de Freitas Lima

Juiz Marcos Antônio Nery de Azevedo

Professora Maria Antonieta Lynch de Moraes

SUBSTITUTOS

Juiz Carlos Humberto Inojosa Galindo

Professora Maria Antonieta Lynch de Moraes

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL I

Juiz Carlos Magno Cysneiros Sampaio

Juiz Eudes dos Prazeres França

Advogado Misael de Albuquerque Montenegro Filho

SUBSTITUTOS

Juiz Roberto da Silva Maia

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juiz Francisco de Assis Galindo de Oliveira

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Procuradora Anamaria Campos Torres

Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha

Juiz Honório Gomes do Rego Filho

SUBSTITUTOS

Promotora Patrícia Carneiro Tavares

Juiza Sandra de Arruda de Beltrão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

Des. José Antônio Macêdo Malta

Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

SUBSTITUTOS

Professora Paula Maria de Oliveira Mendonça

Juiz Roberto da Silva Maia

DIREITO CIVIL II

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Juiz Ruy Trezena Patu Júnior

SUBSTITUTOS

Juiza Nalva Cristina B. Campello

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

DIREITO PENAL II

Juiz Laiete Jatobá Neto

Promotor José Lopes Filho

Juiz Pedro Odilon de Alencar Luz

SUBSTITUTOS

Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão

Juiz Pedro Odilon de Alencar Luz

DIREITO COMERCIAL II

Juiz Carlos Humberto Inojosa Galindo

Advogado Eduardo Montenegro Serur

Advogado Vaudrilo Leal Guerra Curado

SUBSTITUTOS

Advogado Vaudrilo Leal Guerra Curado

Juiz Silvío Romero Beltrão

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior

Juiz José Viana Ulisses Filho

SUBSTITUTO

Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho

DIREITO ADMINISTRATIVO II

Promotor Josenildo da Costa Santos

Procurador Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Procurador Oscar Vilaça de Melo Filho

SUBSTITUTOS

Juiz Ailton Alfredo de Souza

Promotor Josenildo da Costa Santos

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Procurador André de Albuquerque Garcia

Juiz Jackson Borges de Araújo

Procurador Walber de Moura Agra

SUBSTITUTOS

Professora Adriana Coutinho Rocha

Procurador José Carlos Arruda Dantas

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL II

Juiza Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio

Juiz Emanuel Bonfim Carneiro Amaral Filho

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

SUBSTITUTOS

Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Juiz Roberto da Silva Maia

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Juíz Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Juíz Luiz Carlos de Barros Figueiredo

SUBSTITUTOS

Juíz José André Machado Barbosa Pinto

Juíz Silvio Romero Beltrão

DIREITO ELEITORAL

Juíz Mauro Alencar de Barros

Juíz Paulo Henrique Martins Machado

SUBSTITUTO

Juíz Leopoldo de Arruda Raposo

DIREITO PENAL III

*Procurador Antônio Carlos de Vasconcelos Coelho Barreto
Campello*

Juíz Ailton Alfredo de Souza

Promotor Marco Aurélio Farias

SUBSTITUTOS

Juíz Frederico José Pinto de Azevedo

Juíz Paulo Roberto de Souza Brandão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Procurador Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho

Juíz Frederico Ricardo de Almeida Neves

Juíz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

SUBSTITUTOS

Juíz Alexandre Freire Pimentel

Juíz Roberto da Silva Maia

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Promotor Albérico Gomes Guerra

Promotora Patrícia Carneiro Tavares

Juíza Sandra de Arruda Beltrão

SUBSTITUTOS

Juíz Ailton Alfredo de Souza

Juíza Sandra de Arruda Beltrão

PRÁTICA JURÍDICA PENAL

Juíza Fernanda Moura de Carvalho

Juíz Flávio Augusto Fontes de Lima

Juíz Teodomiro Noronha Cardozo

SUBSTITUTA

Juíza Sandra de Arruda Beltrão

DIREITO CIVIL III

Juíz Alberto Flávio Barros Patriota

Juíz Eurico de Barros Correia Filho

Juíz Leopoldo de Arruda Raposo

Juíz Silvio Romero Beltrão

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

SUBSTITUTOS

Juíz Eurico de Barros Correia Filho

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

MEDICINA LEGAL

Médico Legista Clóvis César de Mendoza

Psiquiatra Gilberto Valter de Moraes Moura

Médico Legista João Carlos Belo da Fonte

Médico Legista Raiton Bezerra de Melo

SUBSTITUTOS

Juíza Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão

Médico Legista Raiton Bezerra de Melo

DIREITO DO CONSUMIDOR

Juíz Luiz Mário de Góes Moutinho

Des. Nelson Santiago Reis

Promotora Rosana Grimberg

SUBSTITUTA

Juíza Nalva Cristina Barreto Campello

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Juíz Roberto da Silva Maia

CARUARU

DIREITO CIVIL I

Juíz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

PROCESSO CIVIL I

Promotor Frederico José Santos de Oliveira

DIREITO COMERCIAL

Juíz Marupiraja Ramos Ribas

DIREITO ADMINISTRATIVO I

Juíza Luzicleide Maria Muniz Vasconcelos

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL I EM SALA DE AULA

Juíza Ane de Sena Lins

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL EM SERVIÇO

Juíza Ana Emilia Corrêa de Oliveira e Silva

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Procurador José Carlos Arruda Dantas

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Juíz José Raimundo dos Santos Costa

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

TEORIA

DIREITO COMUNITÁRIO FISCAL: APONTAMENTOS PARA UM
DIREITO DA HARMONIZAÇÃO FISCAL NO SÉCULO XXI
Adonis Costa e Silva 21

EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL
André de Albuquerque Garcia 41

O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO
SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO
Artur Orlando de A. da Costa Lima 95

A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL
AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO
Aurélio Agostinho da Bôaviagem 123

AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO
DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA
Blanche Maymone Pontes Matos 149

A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E
IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
Caio Druso de Castro Penalva Vita 173

CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS
E SUAS IMPLICAÇÕES
Catarina Vila-Nova Alves de Lima 191

SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR <i>Damásio de Jesus</i>	213
INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS – DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO <i>Emílio d’Almeida Lins</i>	219
A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL <i>Fábia Amaral de Oliveira Meilo</i>	247
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA <i>Humberto Theodoro Júnior</i>	265
JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO DO FORMALISMO KELSENIANO <i>João Paulo Allain Teixeira</i>	297
DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÉXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS <i>Joel J. Cândido</i>	327
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL <i>José Artelro Vieira de Mello</i>	349
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL <i>José Carlos de Arruda Dantas</i>	399
TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO <i>José Eduardo Carneira Alvim</i>	417
ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO <i>José Reginaldo Pereira Gomes Filho</i>	427

DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA <i>Luiz Carlos de Barros Figueiredo</i>	451
¿ INFLUYEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS? <i>Maria Angeles Ahumada Ruiz</i>	483
NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL <i>Maria Antonieta Lynch de Moraes</i>	535
A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL <i>Natália Assis Melo</i>	545
POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL <i>Ricardo de Oliveira Paes Barreto</i>	561
AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET" <i>Thales Figueiredo Soares da Silva</i>	573
PRÁTICA	
SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO <i>Antonio Vital de Moraes</i>	603
INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE - PARECER, <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	625
ÍNDICE ONOMÁSTICO	643

Apresentação

Entregar à comunidade acadêmica, semestralmente, mais um número da Revista da Esmape tem sido uma tarefa árdua e gratificante ao longo desses sete anos de sua edição, tanto para os que hoje fazem a Esmape, como para aqueles que nos antecederam.

Tarefa árdua porque exige um trabalho persistente e minucioso da Comissão Editorial para acompanhar todas as etapas do processo de editoração, além de representar um alto investimento financeiro da Esmape; e gratificante porque é crescente o número de juizes, professores, alunos e operadores do Direito que, somando-se aos nossos antigos colaboradores, de várias partes do país e também do exterior, entregam-nos seus trabalhos para publicação. Trabalhos esses que, decerto, passam por longos períodos de pesquisas, deixando-nos a difícil missão de selecioná-los e dando-nos a certeza de que a Revista da Esmape não poderá deixar de existir.

Esta edição traz na capa a nossa justa homenagem ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, pela passagem dos seus 180 anos, e uma poesia de autoria do Des. Napoleão Tavares, seu presidente, ex-diretor da Esmape e grande incentivador das atividades acadêmicas desenvolvidas pela Escola, além de artigos e parecer de autores como os professores Damásio de Jesus, Humberto Theodoro Júnior, Ives Gandra da Silva Martins, José Carreira Alvim, Joel José Cândido e Maria Angeles Ahumada Ruiz.

Aos nossos colaboradores, obrigado e avante!

Des. Jovaldo Nunes
Diretor-Presidente

DIREITO CONJUNTÁRIO FISCAL
DIREITO DA HARMONIZAÇÃO
FISCAL NO SÉCULO XXI

TEORIA



DIREITO COMUNITÁRIO FISCAL: APONTAMENTOS PARA UM DIREITO DA HARMONIZAÇÃO FISCAL NO SÉCULO XXI

Adonis Costa e Silva

Doutor em Direito e Mestre em Direito Comunitário pela
Universidad Autónoma de Madrid

SUMÁRIO

1. O SENTIDO JURÍDICO DE UM RACIOCÍNIO DIFERENTE NECESSÁRIO AO ENTENDIMENTO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA 2. O RACIOCÍNIO JURÍDICO ADEQUADO AO ENTENDIMENTO DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA 3. A POSIÇÃO DA DOCTRINA COMUNITARIA 4. REFERÊNCIAS

1. O SENTIDO JURÍDICO DE UM RACIOCÍNIO DIFERENTE NECESSÁRIO AO ENTENDIMENTO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Um processo de integração econômica é essencialmente um processo político. Quer dizer, a dimensão política é a que impulsiona e define até que ponto será aceita a supranacionalidade com cessão da soberania estatal, seja com a subordinação da ordem estatal a uma ordem supranacional, seja verificando até que ponto a ordem interna aceitará a ordem supranacional. Seguindo a doutrina de MARTÍNEZ CORTIÑA, entendo que toda autêntica integração levanta sempre a problemática da supranacionalidade frente à soberania nacional¹. Da mesma forma, em um processo de integração econômica

¹ Cf. MARTÍNEZ CORTIÑA, R. Prólogo. In: *La Integración Económica como alternativa inédita para América Latina*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 7-8.

adquirem uma projeção especial os fatos econômicos, históricos e sociológicos, e por isso é fundamental colocar-se previamente algumas questões com matizes políticos, econômicos, históricos e sociológicos.

Preliminarmente, devo sublinhar que tipo de raciocínio jurídico, ou com quais ferramentas jurídicas teóricas deve o jurista moderno contar para dar conta dos modernos processos de integração econômica do ponto de vista jurídico. Tudo isso constitui matéria que, ainda que possa ser considerada pelos puristas do positivismo jurídico como meta-jurídica, vai ter uma consequência importante nos sistemas jurídicos modernos, seja no campo do Direito Internacional, seja no campo do Direito Comunitário, seja no campo do Direito Interno, em particular no campo fiscal. Por isso, venho propondo algumas questões que enseja a tributação, ou a formação de um sistema tributário específico vinculado a este processo de formação dos blocos de integração econômica. É uma vez que o sistema criado pela Comunidade Econômica Européia, depois União Européia, avançou servindo de paradigma para os outros processos de integração econômica, como o do Mercosul, por exemplo, até níveis considerados elevados pela sua refinada apresentação teórica quanto aos institutos jurídicos aplicados, uma vez que os dois processos de integração, o das Comunidades Europeias e o do Mercosul, são os únicos exemplos hoje apresentados como passíveis de procurar alcançar o nível de Mercado Comum, tenho procurado em alguns trabalhos estabelecer considerações sobre o processo de integração europeu que serviriam de ponto de reflexão a estudos futuros dos processos de integração, em níveis menos desenvolvidos, desde um ponto de vista da consideração jurídica do processo.

Com base nesse raciocínio, em alguns trabalhos venho analisando a evolução de determinados órgãos e instituições do Direito Fiscal interno brasileiro, que têm desenvolvido labores de harmonização tributária, em especial no campo da tributação indireta, harmonização que no meu entender é o tema central do ponto de vista jurídico e tributário em um processo de integração econômica. O que justifica sobretudo tal tema como ponto de investigação é o papel que têm desempenhado algumas instituições do Direito Fiscal brasileiro em um processo interno de harmonização fiscal da imposição indireta entre Estados membros da Federação, como elemento-chave na compreensão da participação de um Estado Federal, em um processo supranacional de harmonização da imposição indireta entre países, o que levanta somente uma questão de grau de harmonização, sem modificar a essência do processo integrador da harmonização tributária. Isso porque entendo que não há juridicamente diferenças insolúveis entre um processo de harmonização tributária da imposição indireta, em particular de um Imposto sobre o Valor Agregado – IVA, entre países, com poder tributário soberano, e um processo de harmonização tributária de um imposto com as mesmas características do IVA, como pode ser o Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes e Comunicações – ICMS, no caso da Federação brasileira, que é hoje o único caso que conheço em que haja sido atribuída competência tributária, em uma Federação, a entes subcentrais, para impor um imposto de características tais como as de um imposto sobre o valor agregado. Daí, a justificação dos estudos sobre tais temas.

A partir deste ponto, tratarei de explicar, sob meu ponto de vista, bem como daquela que considero a melhor Doutrina que se debruçou sobre o tema, qual deve ser a forma jurídica de raciocinar necessária para explicar o âmbito de aplicação jurídica ao objeto de uma pesquisa do tipo que mencionei. Isso significa fixar os pressupostos jurídicos necessários ao desenvolvimento de uma maneira peculiar de raciocinar juridicamente, processo indispensável para entender um fenômeno multiforme como é o processo da integração econômica no mundo moderno, da forma que se apresenta aos juristas.

Nos processos de integração, o que exerce uma influência inexorável é a força jurídica dos fatos, e para uma análise jurídica de tais fenômenos, a meu juízo, a melhor concepção jurídica já desenvolvida para entendê-la é a que utiliza as ferramentas jurídicas estabelecidas e desenvolvidas na doutrina de CARL SCHMITT². Entendo, como SCHMITT, que todo jurista que adota em seu trabalho, consciente ou inconscientemente, um conceito de Direito, deve concebê-lo ou como regra, ou como decisão, ou como ordem ou configuração concreta. Segundo esse pensamento, conforme a tal separação se determinam os três modos de pensamento jurídico, pois todo pensamento jurídico trabalha tanto com regras, como com decisões, como com ordens e configurações. Contudo, a concepção última que se possua acerca do jurídico, da qual será deduzido tudo aquilo que posteriormente venha a ser considerado jurídico, é sempre, ou uma norma, no sentido de regra ou lei, ou uma decisão, ou uma ordem concreta. E segundo as dife-

² Cf. SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 6-77.

rentes posições que se atribuam no pensamento jurídico a esses três distintos conceitos jurídicos, e segundo o lugar que ocupem, pelo qual um se deduz do outro ou um é reconduzido ao outro, se distinguem os três modos do pensar jurídico, o legal ou normativo, o decisionista e o da ordem e configuração concreta.

Nos trabalhos de investigação e pesquisa que venho desenvolvendo tenho tido sempre presente essa lição de SCHMITT. Seguindo o raciocínio desse autor, quando em um determinado âmbito do saber se estabelecem diferentes tipos e modos de pensar, geralmente, ocorre que a essa distinção se acrescentam muitas outras, pertencentes a um âmbito de saber vizinho, as quais, ainda que eventualmente possam ser precisas, na maioria das vezes são gerais, e não de ser tomadas em um sentido amplo, uma vez que também as tipificações filosóficas ou de caráter influem na Ciência Jurídica. Isso porque, do mesmo modo que em qualquer âmbito do saber, também na Ciência Jurídica brilham as diferentes atitudes humanas em geral. As investigações que pesquisam o papel que jogam os órgãos particulares em uma ordem jurídica específica, bem como aquele papel que, eventualmente, possa jogar em um processo de harmonização tributária que, necessariamente, é conseqüente à evolução histórica e econômica de uma ordem concreta, correspondente a uma integração econômica, da mesma forma que o pensamento e raciocínio de SCHMITT, seguem pelo caminho da observação concreta. Esse caminho, provavelmente, como assinala aquele autor, conduz melhor a um resultado que as conjecturas e derivações metodológicas gerais ou da Teoria do Conhecimento sobre a pura possibilidade lógica ou as puras condições formais de uma Ciência Jurídica em geral.

Ditos papéis vêm sendo desenvolvidos, por exemplo, por órgãos relativos ao ordenamento tributário brasileiro, cujo trabalho, não obstante, pode em algumas ocasiões servir como exemplo para os processos de evolução das ordens concretas do Direito Comunitário Fiscal futuro, conseqüente da ordem concreta derivada do processo de integração. Isso porque, como sucede em algumas ocasiões, e como já havia notado e posto em destaque o Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos Internacionales, diferentemente do que ocorre com respeito ao Direito Internacional, efetivamente há uma afinidade do ordenamento jurídico de um processo de integração econômica com o sistema jurídico inerente a um Estado Federal. De uma parte, sendo interno, o Direito Federal tem um âmbito de aplicação coercitivo limitado, em princípio e enquanto não haja uma extensão de sua competência pela extraterritorialidade que, algumas vezes, estende as normas estaduais ao território de um só Estado ou de vários Estados. De outra parte, sendo interno, o Direito Federal deve ser interpretado conforme as regras e critérios especialmente de Direito Constitucional, e nesse aspecto as regras e critérios de interpretação, e as características próprias do Direito Comunitário impõem soluções ou fórmulas que apresentam uma notável analogia com as usadas pelos intérpretes do Direito Federal.

2. O RACIOCÍNIO JURÍDICO ADEQUADO AO ENTENDIMENTO DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

O que é significativo na distinção dos diferentes modos do pensar científico do Direito é que a diferença fundamental se põe de manifesto nos pressupostos e

fundamentos de uma ordem global, nas características do que se pode considerar uma situação normal, e nos concretos tipos da vida que deve ser considerada justa, reconhecidamente propostos na vida e no pensamento jurídicos. Isso porque, sem contínuas, iniludíveis e imprescindíveis aparências concretas, não é possível nem uma Teoria, nem uma Práxis jurídica. Cada um dos três tipos de pensamento jurídico equipara a idéia específica de seu próprio tipo, quer dizer, a norma, a decisão e a ordem concreta, com o conceito mesmo de Direito, e nega aos outros a pretensão de ser um pensamento estritamente jurídico. Se em uma ordem jurídica se concebe o Direito como norma abstrata, regra ou lei, e todo jurista que pensa normativamente as considera sem mais indagações nesse sentido, então, partindo desta concepção normativa do Direito, toda ordem fica convertida em um puro compêndio ou soma de regras e leis, das quais se derivam definições conceituais, e as quais, debaixo do domínio do pensamento normativo, reduzem qualquer ordem concreta a regras legais, até o ponto de que todo o Direito e toda ordem ficam definidos como um compêndio de regras ou algo similar.

O Positivismo científico e jurídico do século XIX ficou somente enquadrado dentro do grande contexto histórico e intelectual de seu próprio tempo, tendo por isso muitos pontos em comum, tanto com o Positivismo filosófico, como com o Positivismo nas Ciências Naturais. Contudo, em primeiro lugar, deve ser concebido desde suas particularidades intrínsecas à situação jurídica de seu século. Para a Ciência Jurídica do Século XIX, Positivismo significava, antes de tudo, a negação de tudo que fosse considerado como extralegal, de tudo o que não fosse Direito

criado pela legislação humana. O pensamento jurídico ficava, assim, convertido em pensamento legal ou legislativo. Em uma situação estável, esse modo de pensar poderia, eventualmente, ser plausível, e aparecia de fato como possível, prescindindo de todo ponto de vista que considerasse a natureza metajurídica do Direito.

Não obstante, essa questão, como suscita em outro contexto a doutrina de MARTÍNEZ SOSPEDRA, vem associada, ou está ligada, à da natureza da lei. Se existe uma definição material da lei, de tal modo que essa é instrumento normativo destinado a regular determinadas matérias, e só elas, o que implica que as restantes podem ser reguladas mediante regulamento, está claro que a relação entre ambas passa pelo princípio de competência. Se isso não sucede, se a lei tem uma definição formal, é simplesmente a norma aprovada pelo Parlamento, tal tese é perfeitamente adequada naqueles ordenamentos nos quais o Governo não tenha atribuída pela Constituição a faculdade de produzir regulamentos. Porém, não o será naqueles pressupostos pelos quais tal atribuição constitucional efetivamente existir, e em tais casos o regulamento não se fundará na lei, porém diretamente na Constituição. Por isso, em algumas pesquisas que realizei, deparei-me com o fato de que determinados órgãos administrativos brasileiros, formados pelos governos dos Estados Membros da Federação, em seu trabalho de harmonização fiscal, recebiam da própria Constituição Brasileira o poder originário de, através de um instrumento normativo peculiar, o Convênio Interestadual, emitir normas, seja em forma e matéria própria de lei, em substituição ao próprio Parlamento Nacional ou aos Parlamentos

Estaduais, seja na forma e matéria própria de regulamentos, em substituição aos Governos Estaduais. Tais instrumentos de Convênios, por outro lado, podiam, às vezes, incorporar a qualidade de regulamentos iniciais ou autônomos, através dos quais se ditavam, não a aplicação da lei, porque não existiam tais leis que regulassem a matéria, e sim, tratava-se de normas iniciais e diretas feitas pelo Executivo para regulamentar a realidade social. Para MARTÍNEZ SOSPEDRA, a divisão de poderes somente exige que a lei seja suprema norma jurídica, norma dotada de superioridade a respeito de qualquer outra, isto é, a primazia da lei, não seu monopólio³. Nesse ponto entendemos, com VEGA MOCOROA, que é estritamente necessário, para compreender o processo de trabalho harmonizador do processo legislativo, e sua função em um processo de integração econômica, a existência de uma parte largamente expositiva do fenômeno da integração, conseqüente à formação dos blocos de integração econômica, bem como de suas repercussões jurídicas, seja no âmbito da estrutura estatal, seja no tocante à harmonização, em especial a tributária, pois entende VEGA MOCOROA que efetivamente há uma relação entre os processos de integração econômica e de harmonização tributária, em especial dos tributos indiretos⁴. A questão que surge imediatamente, então, é como entender juridicamente este ponto fático, a vontade da lei ou o momento de vigência real, a que o positivista atende como Direito, quer

³ Cf. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Las Instituciones del Gobierno Constitucional - Sistemas de Gobierno y Órganos Constitucionales*. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1988. p. 306-315.

⁴ Cf. VEGA MOCOROA, Isabel. *La Armonización del IVA y el Logro del Mercado Interior*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1991. p. 35.

dizer, se há de entendê-lo como norma, decisão, ou como parte da ordem jurídica, pois, dado que parte da força do Direito fundado na norma é constituída pelas realidades fáticas e pelos fatos, esses têm, sem dúvida, uma grande força normativa. Talvez se pudesse falar melhor de uma força ordenadora do fático, pois só assim se pode reconhecer a vontade de um poder soberano constituído de forma fática, que aparece realmente em um momento histórico.

Considerado este fenômeno desde a Ciência do Direito, o Positivismo Jurídico está ligado com a situação estatal e social característica do Século XIX. Se o método da suposta pureza do Positivismo Jurídico nega toda consideração que não seja puramente jurídica, rotulando-a de ideológica, econômica, sociológica, moral ou política, e com isso eliminando todas essas considerações reais, então não deixa nada para a argumentação jurídica pura. Pois, que resto pode ficar quando, de um caso e de sua apreciação, se subtrai tudo que for ideológico, econômico ou político? Com isso, se tornam tanto mais agudas as distinções entre o jurídico e o ideológico, entre o jurídico e o econômico, entre o jurídico e o político, entre o jurídico e o moral, etc., que ao final, em uma consequência dialética, somente ficaria, como única característica específica de um modo de pensar realmente puro e nada mais que jurídico, a falta de sentido do que fosse ideológico, econômico, ético e político.

No Direito Fiscal, cuja precisão é de uma significação fundamental para o pensamento jurídico, aparecem, no lugar dos conceitos polidos, tomados do Direito Privado, aparentemente firmes juridicamente, outros referidos imediatamente à realidade econômica e social, e que isso

ocorra no Direito Fiscal tem uma significação sintomática, inclusive mais além do marco estritamente fiscal e de seu Direito, porque o Direito Fiscal, da mesma forma que se passa no âmbito constitucional, tem sido sempre uma espécie de reliquia do Positivismo do Estado de Direito Liberal. O Sistema Jurídico de Direito Fiscal tem desenvolvido, sistematicamente, em algumas ocasiões, e em analogia com o Direito Penal, a teoria da adequação ao tipo da exigência de impostos estatais. Porém, precisamente, é no Direito Fiscal que se mostrou primeiramente, e de modo explícito, que uma regulamentação justa e conveniente não se pode levar a cabo com os conceitos estritos de um Positivismo puro, pois na interpretação da legislação fiscal é preciso ter em conta o seu fim, seu significado econômico e o desenvolvimento das relações inter-humanas. E com isso cai por terra o fundamento da segurança positivista, a autarquia do conteúdo determinado pela lei, uma convicção que primeiramente foi desenvolvida e alcançada no terreno do Direito Fiscal.

3. A POSIÇÃO DA DOUTRINA COMUNITÁRIA

Para PÉREZ TREMPs, a integração é um fenômeno jurídico político, quer dizer, a integração é fundamentalmente um processo político, porém o Direito tem um papel vital a representar no processo⁵. Para ele, a integração supranacional significa, simplesmente, o exercício de poder por parte do ente supranacional, por força do qual as atuações normativas, executivas e judiciais, tra-

5 Cf. PÉREZ TREMPs, Pablo. *Constitución Española y Comunidad Europea*. 1. Ed. Madrid: Fundación Universidad-Empresa/Civitas, 1994. p. 13-23.

dicionalmente desenvolvidas pelo Estado, são levadas a cabo por esse ente, como conseqüência da integração. Por isso, essa dimensão de abandono de competências a favor do ente supranacional é o primeiro elemento que caracteriza a integração⁶. O processo jurídico da integração exige sua definição desde as duas perspectivas que se oferecem. Com efeito, a integração supranacional é um processo jurídico complexo que, como toda manifestação de soberania externa, tem duas fases: uma interna, de formação e aperfeiçoamento da vontade estatal, e outra externa, do acordo de vontades entre os distintos entes de Direito Internacional⁷. O poder de integração é um poder constituído, submetido, em conseqüência, à norma fundamental, e nesse caso, tanto sua atuação como o resultado dessa, os Tratados de Integração, devem respeitar a Constituição, existindo um núcleo duro ou básico na Constituição que o poder de integração não pode vulnerar, ou, dito de outro modo, os princípios e valores básicos impõem um adicional à limitação, e da existência desse adicional provém a confusão daqueles que entendem que o poder de integração está somente submetido a esses princípios e valores⁸.

Os tratados constitutivos, enquanto Tratados de Integração que são, têm a dupla natureza de normas supranacionais e normas estatais, e ao serem normas ditadas pelo poder de integração, estão plenamente sujeitos à Constituição, sendo sua relação imediata e direta, por mais que existam algumas peculiaridades nessa relação com respeito ao que se dá entre a Constituição e o resto das

normas e atos constituídos. Por outro lado, o Direito Derivado está composto por normas e atos nascidos no seio de um ordenamento que não é o do Estado. A relação existente entre Constituição e Direito Derivado é, pois, mediata, ou indireta, e enquanto este poder de integração habilitador da eficácia do Direito Derivado tem como exigência constitucional substantiva mais importante que o ordenamento supranacional respeite uns princípios e valores fundamentais similares aos que informam o ordenamento estatal e que estão instaurados pela Constituição, ambos ordenamentos devem resultar compatíveis por responder a uns mesmos princípios materiais básicos⁹. Junto ao elemento meramente quantitativo, a cessão de poder que a integração supõe tem também uma dimensão qualitativa, que consiste em entender que, através da cessão de poder, não se pode proceder a uma desfiguração do Estado por afetar seus elementos essenciais¹⁰.

Para LÓPEZ ESPADAFOR, a manifestação da soberania fiscal constitui o poder de ditar um sistema de impostos, seja pela via legislativa ou regulamentar, que possua uma autonomia técnica em relação aos sistemas suscetíveis de entrar em concorrência com ele, exercendo essa soberania dentro de seu âmbito de competência territorial¹¹. Isso porque o grau de importância que os impostos assumem depende diretamente do grau e da intensidade da integração econômica que se persiga, toda vez que a integração fiscal, dada a função geral dos impostos

6 Cf. *idem*, p. 39-40.

7 Cf. *idem*, p. 32.

8 Cf. *idem*, p. 65-73.

9 Cf. *idem*, p. 158.

10 Cf. *idem*, p. 48.

11 Cf. LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995. p. 22-23.

na vida econômica, não é nunca um fim em si mesmo e desempenha uma função de serviço com respeito à integração econômica¹². Por isso, na matéria tributária, a atividade dos órgãos comunitários se desenvolve em um duplo campo, sendo que de uma parte com a atividade relativa aos recursos comunitários de caráter tributário e, de outra parte, com a atividade de harmonização fiscal, que tem por objeto aproximar as legislações tributárias dos Estados Membros, de forma que essas não constituam um obstáculo ao desenvolvimento das liberdades e finalidades contempladas nos tratados constitutivos das Comunidades Europeias¹³. Isso porque toda harmonização tributária nas Comunidades Europeias leva, necessariamente, a uma limitação da soberania impositiva dos Estados Membros, produzindo-se assim uma intervenção nas liberdades políticas desses¹⁴. No poder de criar normas não se pode pensar sem a existência de um ordenamento jurídico, e em um ordenamento jurídico não se pode pensar sem um Estado, porque as normas dos entes territoriais inferiores que se formam dentro do território estatal se integram no ordenamento do Estado, e os ordenamentos das organizações supranacionais encontram aplicação nos Estados, porque esses deram seu consentimento para isso¹⁵.

Para ATTINÁ, a Comunidade é já uma forma particular de Federação¹⁶. Os princípios de concorrência e prevalência da legislação comunitária sobre as estatais, por outra parte, estão presentes no sistema comunitário como

12 Cf. LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. *op. cit.*, p. 49.

13 Cf. *idem*, p. 50.

14 Cf. *idem*, p. 59.

15 Cf. *idem*, p. 11.

16 Cf. ATTINÁ, Fulvio. *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 124-125.

em todos os sistemas federais, sendo que a delegação de execução da legislação federal às instituições dos Governos estaduais e a possibilidade de regulamentação que tenham lugar, com exceções ou isenções, são outros elementos comuns dos sistemas legislativos federais e estão presentes também na Comunidade¹⁷. Quaisquer que hajam sido os fins dos fundadores das Comunidades Europeias na década de 1950, a verdade é que se constituiu um sistema político de federalismo cooperativo, no qual os dois níveis de autoridade, o comunitário e o nacional, não têm uma separação nítida. Desde sua origem na Europa do Século XVI, o sistema de Estados não há conhecido processo federativo igual ao que vivem os Estados da Europa Ocidental desde a década de 1950, onde um sistema de instituições e de regras, baseado em acordos governamentais e sustentado mediante impulsos ideológicos e pressões econômicas, tem recebido competências cada vez mais amplas para decidir em áreas antes reservadas aos governos estatais¹⁸.

A integração só modifica substantivamente a Constituição na medida em que cede competências, esvaziando os poderes do Estado, porém as competências e faculdades que permanecem no seio do Estado não podem ser modificadas desde o exterior e seu regime de exercício é o que determina o próprio ordenamento interno, e assim um dos pilares de articulação entre o ordenamento estatal e o comunitário é o princípio de autonomia institucional dos Estados, que não é senão o reconhecimento da incapacidade de modificação da Constituição desde o ente supranacional¹⁹.

17 Cf. ATTINÁ, Fulvio. *op. cit.*, p. 131.

18 Cf. *idem*, p. 11.

19 Cf. *idem*, p. 62-63.

Para BARRA, nosso mundo é o mundo da integração política, econômica, e de proteção dos direitos humanos, em que se trata de sistemas de integração centrados no eixo de organizações supranacionais com capacidade normativa, quer dizer, criadoras de direitos²⁰. Nos fatos se demonstra a tendência expansiva das competências comunitárias, e como contrapartida da ausência de fórmulas claras de delimitação das competências comunitárias, por um lado, e pelo outro do das nações, adquire no sistema europeu, como será adquirido no futuro também no sistema latino-americano, maior força o princípio da prevalência do Direito da Integração sobre o Direito Interno, na medida em que essas competências se definem pelos fins da Comunidade, e é claro que se amplia também o campo da ação legítima do Direito Europeu, e com isso sua supremacia²¹.

MATA SIERRA argumenta que os especialistas discutem o meio mais adequado para levar a cabo a União Europeia, e para isso duas alternativas têm sido o centro de todas as posturas doutrinárias a respeito, salientando que ou se produziria uma integração da economia por setores, ou a Europa deveria se decantar até uma integração econômica de tipo global. E, nas lições de FALCÓN Y TELLA e GUTIÉRREZ ESPADA, a supranacionalidade supõe uma radical inovação no terreno estrutural das organizações internacionais, que deixam de estar debaixo da decisão de representantes diretos dos Estados que as compõem, para passar a ser governadas por órgãos próprios que atuam autonomamente no interesse comum a que a organização serve, à margem e por

20 Cf. BARRA, Rodolfo. *Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial (reflexiones útiles de cara al Mercosur)*. In: *Desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p. 381-382.

21 Cf. *Idem*, p. 392-393.

cima dos Estados Membros, sendo que a característica da supranacionalidade marca uma grande novidade quanto às atribuições que nesse campo o Direito Internacional costuma destinar aos organismos internacionais existentes até a data. E, desse modo, não resultará possível assimilar o Direito Fiscal Europeu, o Direito Comunitário Fiscal, ao Direito Fiscal Internacional, pois seu referido caráter supranacional ultrapassa em muito a estrutura da natureza meramente cooperativa das organizações internacionais conhecidas até aquele momento²².

Para FALCÓN Y TELLA, desde uma perspectiva de futuro, deve-se assinalar que o sistema comunitário se dirige para o modelo federal²³.

Entende OROZCO HENRÍQUEZ que sempre que um ou vários sejam chamados a determinar qual é o Direito aplicável a uma situação específica, nos encontramos em presença de órgãos aplicativos de uma comunidade normativa, pelo que se concebe que atribuir um ato de conduta humana à Comunidade não significa outra coisa que referir esse ato à ordem constituinte da Comunidade, quer dizer, pensá-lo como um ato autorizado pela ordem normativa, e tais indivíduos adquirem a qualidade de órgãos no momento em que sua função possa ser atribuída, mediata ou imediatamente, à dita Comunidade²⁴.

22 Cf. MATA SIERRA, María Teresa. *La Armonización Fiscal en la C.E.E.* Valladolid: Editorial Lex Nova, 1993. p. 25.

23 Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón. *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. 1. ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Editorial Civitas, 1988. p. 36.

24 Cf. OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *El Derecho Constitucional Consuetudinario*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. p. 46-47.

Argumenta RECASÉNS SICHES que parece já ser hora de o pensamento jurídico do Século XX contribuir de um modo decisivo para o progresso do desenvolvimento contemporâneo do Direito Positivo, e que subministre esclarecimentos a importantes problemas da prática jurídica, legislativa e jurisdicional, pois em outras épocas da história os grandes filósofos do Direito exerceram uma ação decisiva para modelar novas instituições e para adoção de novas rotas para o desenvolvimento do Direito futuro^{25,26}. BOBBIO acrescenta que o fim de uma Teoria como doutrina científica não é outro que o de compreender uma certa realidade e explicá-la²⁷.

R. CARRIÓ diz que a existência de uma ordem jurídica em uma determinada comunidade humana se traduz na paralela existência de situações de tipo muito diverso nas quais podem se encontrar os membros dessa Comunidade²⁸. Isso porque, como acrescenta RECASÉNS SICHES, os principais problemas que são suscitados pela individualização do Direito são essencialmente os mesmos em todos os sistemas jurídicos, em todos os países, em todos os tempos²⁹. Na realidade, diz CASTAN TOBEÑAS, as leis devem ser estudadas em relação com sua história e o ambiente em que devem atuar³⁰.

25 Cf. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980. p. 1-5.

26 Cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Derecho de la Integración Latinoamericana - Ensayo de Sistematización*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969. p. 915-920.

27 Cf. Bobbio, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. 1. ed. Madrid: Editorial Debate, 1996. p. 23.

28 Cf. R. CARRIÓ, Genaro. Nota Preliminar. In: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1992. p. 7-9.

29 Cf. RECASÉNS SICHES, Luis. *op. cit.*, p. 11-18.

30 Cf. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el Método Comparativo*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957. p. 19.

8. REFERÊNCIAS

ATTINÁ, Fulvio. *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BARRA, Rodolfo. *Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial (reflexiones útiles de cara al Mercosur)*. In: *Desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. 1. ed. Madrid: Editorial Debate, 1996.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el Método Comparativo*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.

FALCÓN Y TELLA, Ramón. *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. 1. ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Editorial Civitas, 1988.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Derecho de la Integración Latinoamericana - Ensayo de Sistematización*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969.

LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María. *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

MARTÍNEZ CORTIÑA, R. Prólogo. In: *La Integración Económica como alternativa inédita para América Latina*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. **Las Instituciones del Gobierno Constitucional - Sistemas de Gobierno y Órganos Constitucionales**. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1988.

MATA SIERRA, María Teresa. **La Armonización Fiscal en la C.E.E.**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1993.

OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. **El Derecho Constitucional Consuetudinario**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

PÉREZ TREMPES, Pablo. **Constitución Española y Comunidad Europea**. 1. Ed. Madrid: Fundación Universidad-Empresa/Civitas, 1994.

R. CARRIÓ, Genaro. Nota Preliminar. In: **Conceptos Jurídicos Fundamentales**. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1992.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1996.

VEGA MOCOROA, Isabel. **La Armonización del IVA y el Logro del Mercado Interior**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1991.

EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

André de Albuquerque Garcia

Procurador do Estado de Pernambuco, Pós-Graduando em Direito, Professor de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Diretor de Assuntos Legislativos da Secretaria de Defesa Social.

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO 2. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL 4. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: 4.1. Efeitos do Controle Difuso 5. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS: 5.1. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica: 5.1.1. Do Procedimento; 5.1.2. Dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade; 5.1.3. Da Eficácia Vinculante; 5.2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e seus Efeitos; 5.3. Efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão; 5.4. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade e seus Efeitos; 5.4.1. Efeitos 6. DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS: 6.1. Cabimento e Legitimidade; 6.2. Princípio da Subsidiariedade e Preceito Fundamental; 6.3. Da Possibilidade de Concessão de Liminares e Decisão Final; 6.4. Da Arguição Incidente; 6.5. Decisões do Supremo Tribunal Federal Sobre A ADPF 7. CONCLUSÕES 8. REFERÊNCIAS.

1. APRESENTAÇÃO

Este trabalho foi concebido com a finalidade de estudar de forma mais detida as conseqüências advindas da declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no âmbito do controle concentrado e ainda, dos efeitos decorrentes do exercício do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Como ponto de partida serão analisados a importância da manutenção da supremacia constitucional e os métodos utilizados com essa finalidade, culminando com uma breve digressão sobre a evolução histórica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Posteriormente, será procedida uma tentativa de estudo, tendo por objeto específico os efeitos decorrentes do exercício do controle de constitucionalidade, na via difusa, e na via abstrata, na qual as noções de eficácia *erga omnes* e força vinculante das decisões serão analisadas detidamente.

Por fim, será dedicado um capítulo específico para análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental e seus efeitos.

Por se tratar de instituto recentemente regulamentado pelo legislador ordinário, e que constitui um elemento contribuinte para o aperfeiçoamento de nosso sistema de controle de constitucionalidade, a ADPF foi contemplada com um capítulo próprio, em que será procedido o estudo do procedimento instituído pelo legislador infraconstitucional e a incontestável inserção da ADPF como mais um instrumento de manutenção da supremacia da Carta Constitucional.

2. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A necessidade de preservar a supremacia da Constituição, mantendo seu status de norma fundamental do ordenamento jurídico, impôs a criação de um sistema de controle da compatibilidade das normas componentes do ordenamento jurídico-positivo, decorrência direta da concepção hierárquica do direito que, ao longo do tempo, foi se aperfeiçoando e assumindo características próprias de acordo com a concepção adotada.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos está intimamente ligado à idéia de Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e significa verificar a compatibilidade ou adequação vertical de uma lei ou ato normativo com a Constituição, verificando os requisitos formais (obediência ao processo legislativo) e materiais.

Todas as constituições, sejam rígidas ou flexíveis, são dotadas da característica de supralegalidade sobre as demais normas jurídicas, tendo em vista a característica mencionada da supremacia constitucional.

No entanto, no que respeita às constituições rígidas, a supremacia constitucional faz-se sentir de forma mais contundente, diante da existência de um procedimento mais solene e rigoroso para a modificação de seu texto, o que confirma, ao menos, a supremacia formal em relação às demais espécies normativas.

A verificação da adequação ou compatibilidade da lei ou ato normativo com a Norma Constitucional pode ser exercido tanto por órgão político quanto por órgão judicial, ou ainda, por um órgão distinto dos demais Poderes do Estado.

Como exemplo de controle político pode-se mencionar o Conselho Constitucional francês, composto de ex-Presidentes da República e mais nove membros, e que possui, dentre outras, a atribuição de realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Trata-se de um controle prévio, ou seja, anterior à entrada em vigor do instrumento normativo, cabendo ao

Conselho o pronunciamento sobre a compatibilidade vertical do texto legal definitivamente elaborado com a Constituição da República.¹

De certa forma, pode-se afirmar que nosso sistema constitucional contempla uma espécie de controle político da constitucionalidade, quando se verifica que as Comissões de Constituição e Justiça de ambas as Casas do Parlamento, previamente, se pronunciam sobre a constitucionalidade de projetos de lei em tramitação, podendo impedir que projetos de lei incompatíveis com a Constituição Federal ingressem no ordenamento jurídico.

Como se sabe, o controle jurisdicional de constitucionalidade predomina na maioria dos sistemas constitucionais da atualidade.

O sistema de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário teve sua origem na famosa decisão do Juiz Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, em que restou definitivamente demonstrado que o ato legislativo ou executivo incompatível com a Constituição é nulo e, portanto, incapaz de regular o caso concreto em julgamento.

Com sua construção jurisprudencial, a Suprema Corte americana confirmou o Poder Judiciário como responsável pela aplicação e proteção da Constituição.

¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 p. 160. O autor relaciona a existência do sistema de controle político dos países da Europa, em especial da França, onde havia "um mau conceito e uma desconfiança nos juizes, já que no ancien régime a jurisdição era exercida como um direito patrimonial, de igual maneira como os bens objeto de propriedade imóvel com todos os seus atributos, o que levou ainda à criação de um contencioso administrativo, é aquele em que a constitucionalidade é verificada por um órgão político, distinto do Judiciário, ou pelo próprio Legislativo ou pelo Chefe de Estado, ou ainda por um órgão especial (Conseil Constitutionnel, da Constituição da França)."

Outro sistema de controle de constitucionalidade confere a um órgão especial, de natureza jurídico-política, distinto dos poderes Legislativo e Judiciário, o papel de guardião da supremacia constitucional.

De composição heterogênea, dentre os tribunais constitucionais de países que adotam o sistema misto de controle de constitucionalidade, destaca-se o Tribunal Constitucional Austríaco, responsável único pelo controle judicial, ao contrário do *judicial review* norte-americano, o qual confere à Suprema Corte e a todos os magistrados a tarefa de manutenção da supremacia constitucional.

O Tribunal Constitucional da Áustria é composto por quatorze membros nomeados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, dentre magistrados, funcionários públicos e professores das faculdades de direito e ciências políticas do país, sendo responsável pela fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade, além de outras competências enumeradas no texto constitucional.²

Analisando o rol de competências da Corte Austríaca, verifica-se certa semelhança com o Supremo Tribunal Federal, detentor de competências originárias distintas do exercício do controle de constitucionalidade, bem como competências de caráter recursal, o que bem caracteriza sua condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

² MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 132. Relata algumas competências do Tribunal Constitucional Austríaco, dentre outras: "conhecer as acusações contra órgãos da Federação ou dos Estados por responsabilidade constitucional por infrações legais praticadas, mediante culpa, no exercício de seus cargos. Assim, poderá o Tribunal Constitucional processar e julgar o Presidente Federal, por violar a Constituição (*impeachment*); os membros do Governo Federal, os Governos Regionais, o Governador Regional, entre outras autoridades federais e locais, dirimir conflitos de competência entre os tribunais e autoridades administrativas; entre o Tribunal Administrativo e o próprio Tribunal Constitucional; entre os diversos tribunais ordinários; entre os Estados, e também entre os Estados e a Federação."

Interessante destacar que o modelo austriaco, sob inspiração do mestre Hans Kelsen, não concebe o ato normativo inconstitucional como nulo, mas sim como anulável, atribuindo, portanto, eficácia *ex nunc* e *erga omnes* às suas decisões.

Não há o reconhecimento do caráter declaratório da pronúncia de inconstitucionalidade, deixando de lado a nulidade absoluta, e concebendo a manutenção da força normativa da lei inconstitucional até que seja decretada sua incompatibilidade com a Constituição.

Concepção contrária adota o sistema judicial concentrado brasileiro que, tradicionalmente, atribui nulidade absoluta aos atos normativos incompatíveis com a Constituição, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade resulta na invalidação e desconstituição de todas as relações jurídicas advindas com escopo na lei ou ato normativo impugnado.

Com o advento da Lei nº 9.868, de 10.11.99, o sistema de controle de constitucionalidade passou a contemplar o manuseio da eficácia temporal das decisões da Suprema Corte, possibilitando, inclusive, o reconhecimento da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Trata-se da adoção de uma concepção que considera anulável uma lei editada de forma incompatível com a Carta Constitucional, atribuindo à declaração de inconstitucionalidade uma natureza constitutiva.³

No entanto, ao estabelecer que somente razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social podem ensejar a restrição da eficácia temporal da decisão da Suprema Corte, o legislador brasileiro⁴ deixou clara sua opção pelo chamado dogma da nulidade da lei inconstitucional, aplicado de forma predominante.

Deve, ainda, ser destacado como forma de controle misto de constitucionalidade o modelo adotado na Suíça onde as leis federais⁵ submetem-se ao controle político do Parlamento e as leis locais ficam sob controle do Poder Judiciário.

Todos esses sistemas, típicos de regimes que consagram a rigidez constitucional, revelam a chamada supremacia constitucional, a importância fundante da Carta Constitucional em todo o ordenamento jurídico nacional, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material, conformando a criação, interpretação e aplicação do direito e constituindo um fator definitivo para a consolidação do Estado de Direito e das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil e na maioria dos países, foi dada maior ênfase ao controle judicial da constitucionalidade, inspira-

3 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 314. Explicam a concepção kelseniana. "Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade. Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo."

4 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99, assim prescreve: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

5 A Suíça adota uma forma federativa de Estado apesar de conservar a denominação formal de Confederação.

do no *judicial review* do direito norte-americano⁶, o qual confere ao Poder Judiciário a tarefa de apreciar a compatibilidade das leis e atos normativos incompatíveis com a Carta Política, como adiante veremos.

No entanto, especificamente em nosso país, foi percorrida uma longa jornada sob a influência de vários modelos estrangeiros até que se chegasse ao sistema atual que contempla de forma harmônica os métodos difuso e concentrado de controle judicial de constitucionalidade, além do controle político prévio efetuado pelo Parlamento e pelo Poder Executivo, quando, no âmbito do processo legislativo constitucional, permite-se a rejeição de um projeto de lei incompatível com a Carta Constitucional e, ainda, a previsão do chamado veto jurídico, em que o Chefe do Executivo impedirá a promulgação de uma lei inconstitucional.

6 MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 95 ss. Interessante a informação trazida pelo professor paulista ao comentar a origem do controle de constitucionalidade no sistema norte-americano: "A Suprema Corte exerce o controle difuso de constitucionalidade tanto em relação às leis ou atos normativos estaduais ou municipais.

A idéia de supremacia jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade foi firmada no celebre caso *Marbury v. Madison*, em histórica decisão da Suprema Corte americana, relatada por seu *Chief Justice* John Marshall.

Marbury havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato.

Ocorre, porém, que não houve tempo hábil para que fosse dada a posse ao já nomeado *Marbury*, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, ao assumir, determinou que seu Secretário de Estado, Madison, negasse posse a *Marbury*, que por sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um *mandamus*, para que o Secretário de Estado Madison fosse obrigado a dar-lhe posse." Ao final, o Juiz Marshall, analisando a compatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que permitia a expedição de mandados para sanar ilegalidades do Poder Executivo, entendeu pela sua inconstitucionalidade, declarando-se incompetente para julgar o pedido de *Marbury*.

Com o advento da República⁷, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou efetivamente a existir, concebido sob forte influência norte-americana e seu *judicial review* que consagrou o controle difuso de constitucionalidade.

Destarte, cabia ao Supremo Tribunal Federal, criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, a competência apenas de rever as sentenças das justiças dos Estados, cabendo também aos juízes e tribunais deixar de aplicar as leis manifestamente inconstitucionais.⁸

A adoção explícita do controle difuso de constitucionalidade no Brasil constituiu um passo importantíssimo no longo processo de consolidação da Carta Constitucional, porém, sua aplicação em um sistema que não consagra o precedente jurisprudencial com força vinculante deixava, perigosamente, que a incerteza pairasse em campo delicado, a saber, a supremacia da Constituição estava sujeita às diversas interpretações que juízes e tribunais de todo o país adotassem.

Com a finalidade de corrigir as distorções oriundas desse evidente fator de incerteza, o constituinte de 1934 inseriu a primeira cláusula de reserva de plenário, exigindo que fosse observada a maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, e ainda, com a finalidade de ampliar a eficácia das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, atribuiu ao

7 A Constituição do Império do Brasil, sob a influência do direito constitucional europeu, em especial do sistema francês, não fixava a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade. Cabia ao Poder Legislativo a interpretação, suspensão e revogação das leis, bem como ao Imperador, no exercício do Poder Moderador, atuar como guardião da Constituição e Defensor Perpétuo do Brasil.

8 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. In: *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Dez Anos, 1999. p. 276.

Senado Federal a competência privativa de suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Foi a Constituição de 1934 que inseriu em nosso sistema uma ação típica do controle abstrato de constitucionalidade, ao permitir que o Procurador-Geral da República ajuizasse a chamada representação interventiva, verdadeira precursora das ações diretas de inconstitucionalidade.

No entanto, apesar da importância da representação interventiva nesse processo de constante evolução, somente em plena vigência da Carta Constitucional de 1946, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, foi definitivamente implantado em nosso sistema o controle abstrato de constitucionalidade, incluindo os Estados-membros, que passaram a conceber um sistema de proteção da supremacia constitucional estadual face a leis e atos normativos estaduais e municipais.

Com a promulgação da chamada Constituição Cidadã, o sistema de controle de constitucionalidade do Brasil atingiu o seu grau máximo de aperfeiçoamento, sendo ampliado o rol de legitimados para a provocação do exercício da jurisdição constitucional, e, sob inspiração lusitana, criada uma ação de inconstitucionalidade por omissão, com a finalidade de eliminar a síndrome de ineficácia das normas constitucionais.

Ainda faz parte do novel sistema a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituto recentemente regulamentado pela Lei nº 9.882/99.

Ganhou o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro mais um importante aliado para a garantia da supremacia de nossa Lei Fundamental.

Trata-se, em verdade, da consolidação do papel desempenhado pelo STF no procedimento de controle de constitucionalidade, tendo em vista a possibilidade de transferência para a Corte Suprema da solução para questões antes submetidas ao longo caminho estabelecido para a arguição incidental da inconstitucionalidade, desde que seja demonstrada a relevância da controvérsia constitucional em sede de controle difuso⁹.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu a chamada ação declaratória de constitucionalidade, mais uma ação de natureza abstrata que possui a finalidade específica de afastar a controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos atacados nas diversas instâncias inseridas no controle difuso, atraindo a competência da Suprema Corte para definição da controvérsia com efeitos vinculantes para todos os demais tribunais e juízes e, também, ao Poder Executivo.

Constitui um controle abstrato precedido, porém, de controvérsias concretas que devem ser demonstradas na petição inicial.

Resta evidente a convivência do método difuso com o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil que, por sua vez, experimentou uma evolução extraordi-

9 Brasil. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, art. 1º, Inc. I.

nária com a introdução de novos mecanismos e a ampliação dos co-legitimados, permitindo uma maior participação de órgãos e instituições diversas no processo de manutenção da supremacia constitucional em nosso país, transformando-o no principal mecanismo de controle da constitucionalidade em nosso sistema atualmente em vigor.¹⁰

4. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Caracteriza-se pela possibilidade de todo órgão do Poder Judiciário realizá-lo, de forma incidental, ou seja, ao apreciar uma questão prejudicial à análise meritória de um processo posto à sua apreciação.

Na via de exceção, o controle da constitucionalidade caracteriza-se pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido em juízo, assim, qualquer processo poderá ensejar o exercício do controle de constitucionalidade, ainda que seja um procedimento de jurisdição voluntária, ação civil pública ou, até mesmo, em sede de recurso especial.

No caso específico da ação civil pública, típico processo de natureza coletiva, portanto, que poderá conferir eficácia *erga omnes* a suas decisões, não tem sido admitido pelo Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade na hipótese de defesa de direitos coletivos ou difusos, por se tratar de evidente usurpação da

¹⁰ Em nosso sistema a ampliação dos co-legitimados possibilitou um evidente aumento da celeridade desse modelo processual, através do qual pode-se obter a suspensão liminar do ato normativo impugnado.

competência da Suprema Corte como guardião da Carta Constitucional.¹¹

Portanto, a ação civil pública não poderá ser usada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade, sendo possível, no entanto, caso a questão verse sobre direitos individuais homogêneos, em que a eficácia da decisão somente alcançará um grupo determinado de indivíduos, e não uma coletividade indefinida.¹²

Destarte, posto um litígio e argüida a inconstitucionalidade de forma incidental, a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da lide, e sim, uma questão prejudicial que deverá ser resolvida para possibilitar a análise meritória.

A rigor, o exercício do controle difuso implica o não conhecimento da lei ou ato normativo considerado inconstitucional, deixando, portanto, o magistrado ou o tribunal de aplicar a norma na relação jurídica processual em exame.

Como se trata de questão prejudicial à análise meritória, não constituindo o objeto do processo, o reconhecimento da incompatibilidade vertical da norma

¹¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 568. Comentário autor quando se reporta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hipótese: "ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal não admite ação civil pública em defesa de direitos coletivos ou difusos como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem *erga omnes* e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade. Diversa, porém, é a hipótese vislumbrada pelo Pretório Excelso quando tratar-se de direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, inc. III, da Lei n° 8.078/90, pois nesses casos a decisão só alcançará este grupo de pessoas, e não estará usurpando a finalidade constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo permitida." Faz referência o citado autor à decisão plenária do STF na Reclamação n° 602-6/SP, com relatório do Ministro Ilmar Galvão.

¹² STF. Pleno. Reclamação n° 602-6/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-9-97.

não assume contornos de definitividade (coisa julgada), sendo, como bem assevera Alexandre Freitas Câmara “inadmissível a propositura de ação declaratória incidental para que a apreciação da prejudicial seja alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada.”¹³

Como dito, essa forma de controle pode ser exercida por qualquer juízo monocrático ou tribunal.

Sobre a questão relativa ao procedimento nos tribunais da declaração incidental de inconstitucionalidade, preciosa a lição de José Carlos Barbosa Moreira¹⁴:

Já a arguição da inconstitucionalidade, como prejudicial, perante órgão fracionário diverso do “especial” previsto na Lei Maior, gera problema peculiar, do ponto de vista do procedimento. É que, justamente por força da norma inscrita do seu art. 97 – reprodução, aliás, do que já se continha em Constituições anteriores -, se ao órgão fracionário, na apreciação de recurso, ou de causa da respectiva competência originária, ou levada ex vi legis ao segundo grau de jurisdição, parecer fundada a arguição de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público, não lhe será lícito declarar por si mesmo, pura e simplesmente, sem qualquer formalidade, que a lei ou outro

13 CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 36-38.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, [2007].

ato é inconstitucional, recusando-lhe em consequência aplicação à espécie. Determinar como se há de prosseguir no julgamento, para evitar ofensa à Carta da República, eis o problema a cuja solução dedicou o legislador processual de 1973 o presente capítulo.

Portanto, dispõe a legislação processual civil¹⁵ que, quando a inconstitucionalidade for alegada e acolhida pela maioria por um órgão fracionário de tribunal, ao constatar a relevância da arguição, deverá o Presidente da Sessão suspender o andamento do feito, lavrar o acórdão do julgamento e submeter a questão incidental levantada ao plenário ou órgão especial, que deverá decidir observando a maioria absoluta de seus membros.

O órgão fracionário poderá, pela sua maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, não sendo necessária a remessa ao pleno ou ao órgão especial.

Por se tratar de matéria relacionada com a compatibilidade vertical de normas, a arguição sobre a inconstitucionalidade resta imune à preclusão, nada importando que a questão seja suscitada apenas, por exemplo, na sustentação oral em sessão de julgamento.

Poderá a arguição ser efetuada *ex officio* pelo relator, pelo revisor, por quaisquer dos juizes componentes do órgão, pelo ministério público ou pelas partes do processo.

15 Brasil. Código de Processo Civil, arts. 480 e 481.

No caso do pronunciamento anterior do pleno, órgão especial ou do Supremo Tribunal Federal¹⁶ (em sede de ação direta ou declaração incidental), não haverá necessidade de chancela do plenário ou da corte especial, face à disposição contida no art. 481, do CPC.

Na via difusa, verifica-se a participação do Senado Federal (art. 52, X), na retirada da eficácia da lei ou ato normativo do ordenamento jurídico. Para tanto, o STF, após decisão definitiva, observada a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB/88), irá oficialiar o Senado para que o mesmo, exercendo juízo discricionário, retire a eficácia (por resolução), no todo ou em parte, de lei ou ato normativo inconstitucional.

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p.44. Dispõe ainda o autor sobre a questão: "Nenhum problema gera o caso de haver antes emitido declaração de inconstitucionalidade o plenário ou órgão especial do tribunal julgador: estará manifestamente respeitada a norma do art. 97 da Carta da República. Quanto à existência de pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal, cabe distinguir: se foi em ação direta que se declarou inconstitucional a lei ou outro ato normativo, toltur questão, pois semelhante decisão produz efeitos erga omnes; se, porém, o que houve foi mera declaração incidental de inconstitucionalidade, sem que o Senado Federal tenha suspenso a eficácia da norma (Constituição Federal, art. 52, n° X), fazer prosseguir pura e simplesmente o julgamento do órgão fracionário, só porque o plenário da Corte Suprema se pronunciou do modo como o fez, é procedimento que, ao nosso ver, mal se harmoniza com a Lei Maior." E arremata seu raciocínio: "Inclinamos, destarte, a fim de preservar a regra do art. 97, por uma interpretação restritiva do parágrafo, na cláusula atinente ao Supremo Tribunal Federal: aquela incidirá apenas quando a Corte Suprema houver declarado a inconstitucionalidade em ação direta." Em verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a declaração incidental de uma lei pelo próprio STF desobriga os órgãos fracionários dos demais tribunais a submeter a questão idêntica ao plenário ou ao órgão especial. A título de exemplo, procede-se à transcrição de ementa do acórdão exarado nos autos do Recurso Extraordinário n° 191.896-9/Paraná, de 25-5-97 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence): "Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Constituição-art. 97): inaplicabilidade em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedente." Com a recente modificação do artigo 481 do CPC, entendendo que a questão resolveu-se no sentido de confirmação da construção jurisprudencial da Suprema Corte.

A discricionariedade do Senado Federal na retirada da eficácia da lei ou ato normativo resulta da preservação da separação dos Poderes em nosso sistema, tendo em vista o fato de a providência em questão referir-se à competência privativa da nossa Câmara Alta.

Nesta oportunidade faz-se bastante esclarecedor trecho do voto do Ministro Moreira Alves, in RTJ 151/331-335:

entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é erga omnes e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte.

No que respeita à possibilidade de recurso no chamado incidente de inconstitucionalidade, deverá a parte prejudicada providenciar cópia da íntegra do acórdão para a interposição de eventual recurso extraordinário, sob pena de não conhecimento do recurso pelo STF, por deficiência na instrução da peça de impugnação.

4.1. Efeitos do controle difuso

Através do exercício do controle difuso de constitucionalidade, verifica-se que, em verdade, não se declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, cabendo ao juiz ou tribunal apenas deixar de aplicar a norma por se tratar de óbice incidental para a decisão de mérito de algum processo em julgamento.

Como visto, pode-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa vincula os sujeitos da relação jurídica processual em análise, deixando-se de aplicar a norma impugnada em função do reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Inserida, em princípio, no contexto de um caso concreto, pode ocorrer uma extensão dos efeitos da declaração incidental com eficácia *erga omnes*, desde que o Supremo Tribunal Federal, ao processar e julgar um recurso extraordinário, o Procurador-Geral da República ou ainda a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, provoquem a Câmara Alta Federal para editar uma resolução suspendendo, no todo ou em parte, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.¹⁷

No entanto, os efeitos da decisão, para terceiros que não fizeram parte da relação jurídica processual, dar-se-ão somente após a publicação da resolução do Senado Federal, pois o provimento de nulidade se aplica apenas para as partes da relação processual.

17 Brasil, Senado. *Regimento Interno*. Brasília, [200?], Art. 395.

Adotam o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal o claro entendimento de que o papel da Câmara Alta no controle difuso de constitucionalidade é desempenhado de forma discricionária, sendo, destarte, a competência para suspensão da eficácia da lei ou ato normativo própria do Senado que poderá, ou não, editar a resolução suspensiva.¹⁸

5. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS

Como visto antes, a evolução do sistema de controle da constitucionalidade no Brasil, da via difusa para abstrata, constituiu processo inevitável dada a herança jurídica continental européia, que não consagra a força vinculante dos precedentes jurisprudenciais.

Mesmo com a inovação trazida pela Constituição de 1934, ao atribuir ao Senado Federal a competência de suspender a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pela Suprema Corte Federal, as deficiências ainda permaneceram evidentes.

18 MORAES, Alexandre. *Op. Cit. Direito*... p.565, esclarece: "Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo, no sentido referido por Paulo Brossard, de que "tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica." Arremata o professor Moraes a concepção da discricionariedade da atuação do Senado Federal, ao estabelecer uma distinção nítida entre as competências fixadas pelo legislador constituinte, cabendo ao Supremo Tribunal a declaração de inconstitucionalidade, e ao Senado, a possibilidade de suspender, ou não, a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Destarte, o legislador constituinte derivado em 1965 inaugurou em nosso sistema constitucional o controle abstrato da constitucionalidade, o qual havia sido concebido originariamente na constituição austríaca de 1920, com a criação de um Tribunal Constitucional distinto dos Poderes do Estado.

Com a previsão do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu papel de guardião da Constituição Federal, passando a ser, além de órgão de cúpula do Poder Judiciário, um verdadeiro Tribunal Constitucional inserido no contexto de um dos Poderes do Estado.

Em nosso sistema de controle passaram a conviver pacífica e complementarmente os sistemas difuso e concentrado da constitucionalidade.

São estas as ações previstas na Constituição Federal de 1988:

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);
- b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC nº 03/93).

5.1. Da ação direta de inconstitucionalidade genérica

Como abordado anteriormente, o controle concentrado da constitucionalidade constitui competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e possui como finalidade a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo incompatível com a Carta Federal, ou a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo que venha sendo alvo de seguidas impugnações quanto à sua compatibilidade vertical, preservando, portanto, a supremacia constitucional em nosso ordenamento jurídico.

Como visto, não se trata de consulta à Suprema Corte, pois o ajuizamento de ações diretas corresponde à verdadeira provocação do exercício da jurisdição constitucional, a fim de que seja verificada a adequação, formal e material, de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal.

Com o exercício da jurisdição constitucional concentrada, o Supremo Tribunal Federal procederá à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em tese, desvinculada da existência de uma controvérsia jurisdicional específica, e, ao final, poderá declarar ou não a invalidação da lei ou ato normativo impugnado.

A ampla gama de legitimados e a celeridade desse modelo processual, pelo qual se pode, inclusive, suspender liminarmente a eficácia do ato normativo impugnado, transformou o controle concentrado no meio mais utilizado e mais eficaz para preservação da normatividade constitucional.

A legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade¹⁹ está prevista no artigo 103 da CRFB/88 que assim prescreve:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I- o Presidente da República;
- II- a Mesa do Senado Federal;
- III- a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V- o Governador de Estado;
- VI- o Procurador-Geral da República;
- VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Cabe ressaltar que a legitimação constitucional implica capacidade postulatória especial para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da constituição de advogado, à exceção dos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que

¹⁹ Sobre a legitimidade processual ativa lembra Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. "Nada obsta a que as entidades com legitimidade processual possam requerer a apreciação da inconstitucionalidade não só por iniciativa própria, mas também precedendo de petição de cidadão ou grupos de cidadãos. Para efeitos processuais junto ao TC (Tribunal Constitucional Português) devem, porém, apresentar requerimento autónomo de solicitação, apreciação e declaração de inconstitucionalidade." Com as devidas adaptações, a assertiva do mestre português aplica-se perfeitamente ao sistema brasileiro, sendo, portanto, possível que cidadãos provoquem os co-legitimados para o ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade.

necessitam de patrocínio advocatício, como tem entendido o STF.²⁰

Conseqüentemente, podem praticar quaisquer atos que, em princípio, somente poderiam ser exercidos, privativamente, por advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda relativamente à legitimidade para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, não obstante a falta de previsão expressa na Constituição Federal, toda a construção jurisprudencial da Suprema Corte tem estabelecido a necessidade da configuração do nexo de causalidade entre o objeto da arguição e as atribuições institucionais do legitimado, o que passou a ser conhecido como "pertinência temática".

Percebe-se, nitidamente, o firme propósito da Suprema Corte em reduzir o número excessivo de arguições diretas de inconstitucionalidade, propostas pelas entidades ou órgãos dos quais se exige que o objeto da ação proposta guarde relação de pertinência com a atividade de representação do legitimado (Governadores de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional).

No entanto, não são todos os co-legitimados que necessitam comprovar tal relação de pertinência, pois alguns deles (Presidente da República, Procurador Geral

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno-ADIMC nº 127/AL. Medida Cautelar. Rel. min. Celso de Mello. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Questão de Ordem. Governador de Estado. Capacidade Postulatória reconhecida. Medida Cautelar. Deterimento parcial. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 04 dez. 1992, p. 23067. O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de alivamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória.

da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara e Conselho Federal da OAB) estão habilitados, segundo o próprio Supremo Tribunal, a provocar o exercício da jurisdição constitucional independentemente da necessidade de comprovação da pertinência temática, o que se denomina *legitimação ativa universal*.²¹

5.1.1. Do Procedimento

A Lei nº 9.868/99 fixa o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, devendo ser aplicado o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de forma subsidiária.

A petição inicial poderá ser liminarmente indeferida pelo relator em caso de manifesta improcedência ou de inépcia, devendo vir acompanhada por instrumento procuratório, caso subscrita por advogado.

Importante destacar que não serão admitidas alegações genéricas, devendo ser demonstrada efetivamente a fundamentação jurídica que servirá de escopo para impugnação da lei ou ato normativo.

Recebida a petição inicial, caberá ao relator o pedido de informações à autoridade responsável pela edição do ato normativo, o que deverá ser feito no prazo de trinta dias, contados do ajuizamento da ação.²²

Após decorrido o prazo para informações, será procedida a manifestação do Advogado-Geral da União, que atuará como curador da presunção de constitucionalidade, e do Procurador-Geral da República, os quais deverão manifestar-se, sucessivamente, no prazo de quinze dias.

21 ADINMC 1.086-4. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Seção 1, 22 set. 1995; p. 30.589.

22 BRASIL. Lei nº 9868/99, art. 6º

A lei prescreve que, após transcorridos os prazos atribuídos para a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, o relator, após a feitura do relatório, pedirá data para julgamento, podendo, no entanto, antes dessa providência, requisitar informações adicionais, designar a produção de prova pericial, ouvir depoimentos de pessoas com experiência na matéria envolvida, ou ainda, fixar data para audiência pública.²³

Prevê, ainda, a possibilidade de concessão de medida cautelar, observada a maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, dotada de eficácia contra todos e efeitos *ex nunc*, salvo manifestação expressa da maioria, solicitada a fim de conceder efeitos retroativos à tutela liminar.²⁴

Dispõe a lei que a concessão da tutela cautelar torna aplicável a legislação anterior caso exista, ressalvada a manifestação da maioria em sentido contrário.

Há a possibilidade de que, na apreciação da medida cautelar, face à relevância da matéria, o relator submeta o processo diretamente ao Tribunal que poderá julgar definitivamente a ação, após a prestação de informações e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Como visto, a lei fixa a possibilidade de, nas questões em que for feito pedido de medida liminar, julgamento mais célere nas ações diretas de inconstitucionalidade.

23 Idem, art. 9º

24 Idem, art. 10º

5.1.2. Dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade implicará, via de regra, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou federal com efeitos retroativos (*ex tunc*), obrigatórios (vinculantes) para toda coletividade (*erga omnes*).

A questão da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade tem sua explicação na posição tradicionalmente adotada pela doutrina especializada e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que consagra a nulidade da lei incompatível com a Constituição Federal, não sendo possível, segundo tal concepção, a sobrevivência de um ato normativo incompatível com a norma fundamental do ordenamento jurídico-positivo.

Com base na teoria da nulidade da lei inconstitucional, o reconhecimento judicial da incompatibilidade vertical implicará a desconstituição de todos os atos e relações jurídicas baseadas na lei declarada inconstitucional.

No entanto, a nova regulamentação do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade estabelece a possibilidade de manipulação da eficácia temporal e material por decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, ao menos quando atendidos os pressupostos legais, que são: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.²⁵

Em que pese a indeterminação dos pressupostos eleitos pelo legislador ordinário, criticável sob o ponto de

25 Idem, Art. 28, parágrafo único

vista da excessiva subjetividade, a possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade constitui um instrumento utilíssimo para o desempenho do papel de verdadeiro guardião da Constituição Federal atribuído ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a necessidade prática da manutenção dos efeitos de alguns atos inconstitucionais.

Como visto, é possível que o Supremo Tribunal Federal afaste a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público ou por particulares com fundamento na lei declarada inconstitucional, ou ainda, que seja procedida uma restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que poderá culminar, na prática, em verdadeira decretação de inconstitucionalidade, se for atribuída eficácia *ex nunc*, com efeitos apenas a partir da publicação do acórdão.

A manipulação temporal dos efeitos, obviamente, possui alguns limites lógicos, pois não será possível que seja considerado momento anterior à edição da lei ou ato normativo, como também momento posterior à publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a impossibilidade de lei, cuja incompatibilidade foi reconhecida, permaneça válida e produzindo efeitos.

5.1.3. Da Eficácia Vinculante

A obrigatoriedade geral da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é comumente conhecida como *efeito vinculante*.

Apesar da inexistência de previsão constitucional expressa, não seria lógico se admitir que apenas a ação declaratória de constitucionalidade foi concedida tal

eficácia pelo sistema, mormente quando nos reportamos à natureza dúplce de ambas as ações.

O próprio papel institucional do Supremo Tribunal Federal restaria seriamente prejudicado caso suas decisões no exercício da manutenção da supremacia constitucional pudessem ser descumpridas de forma impune.

Mesmo antes da novel lei que disciplinou o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionava nesse sentido, quando, expressamente, atribuiu força vinculante aos seus julgados em ações diretas de inconstitucionalidade.²⁶

Com a edição da Lei nº 9.868/99, foi atribuída expressamente força vinculante às decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a saber:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Op. cit.* p. 344. Comentando decisão do STF ao julgar Reclamação (nº 167). "Portanto, aligora-se correta a posição de vezes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, "quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade."

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, a idéia de vinculação dos efeitos, adotada no nosso método abstrato de controle de constitucionalidade, tem inspiração no modelo alemão, o qual estende aos fundamentos da decisão a obrigatoriedade comumente atribuída à parte dispositiva.²⁷

Entretanto, como mostra a disposição legal supra, a necessidade de publicação apenas da parte dispositiva do acórdão põe em dúvida se os fundamentos jurídicos da decisão, até mesmo comentários laterais (*obiter dictum*), vinculariam todas as autoridades administrativas e judiciais em nosso sistema.

A força obrigatória da decisão em sede de controle concentrado vincula todos os tribunais, impedindo, inclusive, o exercício do controle difuso de constitucionalidade, e todas as autoridades administrativas.

A não-observância de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá implicar o ajuizamento de reclamação para preservação da autoridade dos julgados da Suprema Corte.

Questão controversa recai sobre a submissão aos efeitos da decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, sendo sensato supor que a Suprema Corte pudesse, desde

27 *Ibidem*, p. 338 e ss. Complementam os autores o seguinte: "Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão - que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros." Aditem, no entanto, que tal posicionamento não é dominante, relatando a existência de correntes que sustentam a limitação dos efeitos vinculantes à parte dispositiva.

que provocada para tanto, eventualmente, rever suas decisões no exercício da jurisdição de controle abstrato de constitucionalidade.

A idéia de que a ampla cognição da matéria por parte do STF, que apenas se sujeita ao pedido e não à causa de pedir, justificaria a vinculação, não pode superar a expectativa da constante evolução da jurisprudência da nossa Corte Constitucional.

Entendo inconcebível a autovinculação do Supremo Tribunal Federal, limitação que não se coaduna com o papel desempenhado por nosso Tribunal Constitucional.

Quanto ao Poder Legislativo, a vinculação obrigatória das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade não tem se revelado de forma clara em nosso sistema. O próprio Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de forma tímida sobre a questão.

Em verdade, a timidez demonstrada por nossa Suprema Corte constitui reflexo do papel dubiamente desempenhado como órgão de cúpula do Poder Judiciário e Tribunal Constitucional, a saber, o nosso Supremo faz parte da estrutura de um dos Poderes do Estado, mas, ao mesmo tempo, funciona como Corte Constitucional Federal, decidindo acerca da interpretação, do significado e do alcance das normas constitucionais, condicionando os atos dos outros Poderes à matéria e a formalidades previstas na Carta Constitucional.

Os sistemas que consagram a fórmula de tribunais constitucionais não os situam como órgãos inseridos na estrutura de um dos Poderes; em verdade, o papel desempenhado impõe sua localização na organização estatal em condições

de igualdade com os demais, tendo em vista tratar-se de órgão constitucional de todos os Poderes.²⁸

Não se admitiria, portanto, que um órgão inserido na estrutura orgânica de um dos Poderes do Estado vinculasse os atos dos demais da forma mais drástica e definitiva possível, definindo a compatibilidade ou não desses atos com a Constituição Federal, fulminando-os de nulidade absoluta.

Importante ressaltar que a hipótese não versa sobre a aplicação da idéia da contenção do poder pelo poder inspirado no conhecido sistema de freios e contrapesos. Em verdade, a própria teoria da separação dos poderes contribui para a solução da controvérsia, ao pugnar pela preservação da harmonia e interdependência dos Poderes, o que elide de forma absoluta que um dos Poderes do Estado se sobressaia de forma tão evidente, como ocorre com o Judiciário brasileiro por intermédio de sua Corte Máxima quando exerce a jurisdição constitucional concentrada.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal distanciou-se dos demais Tribunais Constitucionais ao acumular as competências como órgão de cúpula da jurisdição ordinária em nosso país.²⁹

28 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000. p. 23. Destaca o conhecido autor o que se segue: "Com efeito, em países que possuem tribunais constitucionais, como por exemplo a Alemanha, esse tribunal é órgão constitucional de todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo. É formado por pessoas indicadas pelos Três Poderes, com mandato certo e transitório, vedada a continuação ou posterior recondução. O tribunal constitucional é, pois, órgão suprapartidário." Em seguida arremata o autor seu posicionamento, indicando os sinais de legitimidade do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, fazendo referência à necessidade de estipulação de um mandato para o cargo de ministro, bem como quanto à composição que deveria ser fruto da indicação dos demais Poderes do Estado, além, obviamente, do Executivo.

29 MORAES, Alexandre, *Op. Cit. Direito*, p. 296.

Portanto, diante da evidente ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, a sua atuação sofre as restrições decorrentes do vício original, impedindo assim, no caso particular, que o Supremo defina de forma clara a subordinação do Poder Legislativo ao exercício da jurisdição constitucional concentrada.

5.2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e seus Efeitos

Possui a ação direta de inconstitucionalidade interventiva finalidade jurídico-política, a saber, a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual implicará sua nulidade absoluta, com efeitos retroativos e eficácia contra todos.

Ademais, acrescenta-se aos efeitos jurídicos acima relatados, o político, que poderá ocasionar a intervenção federal em um Estado-membro da Federação ou no Distrito Federal, decretada pelo Presidente da República após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da República, único detentor da condição de legitimado, conforme dispõe o artigo 36, III, da CRFB/88.

Assim, após proferida a decisão, caso o Estado-Membro ou o Distrito Federal deixe de violar os chamados princípios sensíveis (art. 34, inc. VII, da CRFB/88), os efeitos jurídicos podem ser suficientes para o restabelecimento da normalidade constitucional sem necessidade de prejuízo à autonomia da unidade federada.

Caso contrário, persistindo a violação, após o trânsito em julgado do acórdão, caberá ao Supremo Tribunal Federal a requisição³⁰ para que o Presidente decrete a intervenção.

5.3. Efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade precípua o combate à ausência de regulamentação de normas constitucionais, decorrente da inércia do Poder Executivo ou do que Canotilho classificou de "silêncio legislativo".³¹

Portanto, a falta de regulamentação de dispositivo constitucional de eficácia limitada, condicionada à atuação integrativa do legislador ordinário, implicará a possibilidade da provocação da jurisdição constitucional concentrada, com vistas a provocar o órgão omissor a dar início ao processo de complementação regulamentar da Carta Constitucional.

O procedimento a ser seguido no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo previsto para a ação direta de inconstitucionalidade genérica, com as devidas adaptações relacionadas à finalidade da medida, que, pela sua própria natureza e finalidade, não se compatibiliza com a tutela em caráter liminar, além de tornar prescindível a manifestação do Advogado Geral da União, dada a inexistência de impugnação efetiva à lei ou ato normativo.

30 Trata-se de ato vinculado, não cabendo ao Presidente outra alternativa senão a decretação da intervenção federal.
31 CANOTILHO, Op. Cit. p. 1003.

Quanto aos efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte, o reconhecimento da omissão apenas possui conteúdo recomendatório, não implicando a possibilidade de medidas concretas para satisfação da decisão.³²

Em verdade, pode-se afirmar que a declaração da omissão para o Legislativo em nosso sistema assume contornos idênticos ao sistema português, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar ciência ao Legislativo, para que o mesmo adote as providências cabíveis para regulamentação da norma constitucional.

Quando a omissão for atribuída a órgão administrativo, a declaração da omissão seguirá acompanhada da determinação para adoção de providências no prazo máximo de trinta dias, podendo, em tese, a autoridade administrativa omissa vir a ser responsabilizada caso persista inerte.

5.4. Da Ação Declaratória de Constitucionalidade e seus Efeitos

Introduzida em nosso sistema concentrado de controle de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 23, de 17 de março de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade teve seu procedimento regulamentado pela Lei nº 9.868/99.

32 *Relata CANOTILHO, Op. Cit. p. 1009, o seguinte: "Na redacção originária da CRP consagrava-se a possibilidade de o Conselho da Revolução fazer recomendações aos órgãos competentes no sentido de estes emitirem as medidas necessárias para dar executibilidade às normas constitucionais (cfr. arts. 146.º/b e 279 na redacção primitiva). Todavia, o exercício desta competência foi pouco utilizado pelo CR: apenas duas resoluções de recomendação, uma a propósito das organizações de ideologia fascista (Resolução nº 105/77, de 16 de maio) e outra a respeito dos trabalhadores de serviço doméstico (Resolução nº 56/78, de 18 de abril). A fórmula do actual art. 253/2 - dar conhecimento ao órgão legislativo competente é menos directiva do que a que se traduzia na possibilidade de recomendações, mas pode interpretar-se como sendo apelo do Tribunal Constitucional, com significado político e jurídico, aos órgãos legítimos competentes no sentido de estes actuarem e emanarem actos legislativos necessários à executibilidade das leis constitucionais."*

Inicialmente muito combatida por parte significativa da doutrina, a ação declaratória acabou por ser aceita, como instrumento importante para a garantia da certeza e segurança em nosso ordenamento jurídico, constituindo um meio eficaz de definição da compatibilidade vertical da legislação federal infraconstitucional, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Visa a ação declaratória a afastar o controle difuso da constitucionalidade, concentrando no Supremo Tribunal Federal questionamentos incidentais acerca da compatibilidade vertical de espécies normativas, que antes estavam vinculados a diversos processos em instâncias inferiores.

A verdadeira finalidade da declaratória é de transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, impedindo definitivamente que novas controvérsias surjam acerca da lei ou ato normativo declarado constitucional pelo STF, o que revela os motivos das críticas dos doutrinadores que consideravam a violação a diversos princípios constitucionais, dentre outros, a inafastabilidade do exercício da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários, bem como o princípio do juiz natural.³³

33 *GONÇALVES, Kildare. Op. Cit. p.200. Delinhe os principais traços característicos da ação declaratória: "Porque vigora em nosso Direito o princípio da presunção de constitucionalidade das leis é que constitui pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade o estabelecimento de uma controvérsia comprometedora dessa presunção, o que ocorre quando a legitimidade da lei vem sendo apreciada em juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, acarretando apreensões e incerteza no meio social. Assim, a ação declaratória não constitui o meio adequado para resolver qualquer dúvida em torno da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, mas para corrigir situação particularmente grave de incerteza suscetível de desencadear conflitos e de afetar a tranqüilidade geral."*

Quanto à legitimação, dispõe a Carta Magna da República um rol menos abrangente, indicando como co-legitimados o Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º, CRFB/88).

A restrição da legitimação na ação declaratória possui um nítido ingrediente político, dada a finalidade da polêmica ação em comento, que contempla em sua quase totalidade a defesa de interesses ligados ao Governo, nem sempre coincidentes com interesses da sociedade.

5.4.1. Efeitos

A decisão proferida em sede de ação declaratória de constitucionalidade, cautelar³⁴ ou meritória, vinculará as atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, atribuindo incontestável presunção de constitucionalidade à determinada lei ou ato normativo federal, produzindo eficácia geral, vinculante e retroativa.³⁵

Importante lembrar, diante da natureza dúplice do exercício do controle concentrado, a improcedência da declaratória de constitucionalidade implicará a declaração de inconstitucionalidade com os efeitos acima mencionados.

Todas as afirmações relativas ao caráter dúplice, aos efeitos e à possibilidade de manipulação material e temporal dos efeitos, realizadas para a ação direta de

34 O deferimento de liminar na ação declaratória impede que, até o julgamento do mérito, os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo afastem a aplicação de lei federal por inconstitucionalidade. Possui a tutela liminar efeitos *erga omnes, ex nunc* e vinculantes.

35 A rigor a decisão não vinculará o Poder Legislativo, que poderá modificar o conteúdo da lei ou, até mesmo, revogá-la.

inconstitucionalidade, são aplicáveis à declaratória de constitucionalidade, dado o tratamento idêntico conferido pela lei regulamentadora.

6. DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, dependente o exercício da referida competência, da atuação do legislador ordinário³⁶.

Somente onze anos após a promulgação da Carta Constitucional, o legislador infraconstitucional regulamentou o instituto, com a recente edição da Lei nº 9.882, de 03.12.99.

Com a antedita regulamentação, o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro ganha mais um importante aliado para a garantia da supremacia de nossa Lei Fundamental.

Trata-se, em verdade, de uma verdadeira confirmação do papel desempenhado pelo STF no procedimento de controle da constitucionalidade, seja pela via de ação, seja pela via de exceção, tendo em vista a possibilidade de transferência para a Corte Suprema da solução para questões antes submetidas ao longo caminho estabelecido para a argüição incidental de inconstitucionalidade, desde que seja demonstrada a relevância de controvérsia constitucional em sede de controle difuso³⁷.

36 CRFB/88, art. 102, § 1º.

37 BRASIL, Lei 9882/99, art. 1º, inciso I.

6.1. Cabimento e legitimidade

A argüição de descumprimento de preceito fundamental constitui instrumento de rito sumário e especial situado na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental que seja resultado de ato do Poder Público³⁸, ou, diante da relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à promulgação da Constituição.

Diante da simples leitura dos dispositivos da novel lei em comento, constata-se que se torna possível o controle de constitucionalidade das normas editadas antes da promulgação da Constituição, sempre quando for configurada a relevância da controvérsia constitucional suscitada.

Além da novidade *supra*, o Pretório Excelso passa a realizar o controle da compatibilidade vertical de normas editadas pelo Poder Público Municipal, o que, na sistemática até então vigente, somente seria possível através da via incidental.

Tais novidades não estão imunes às críticas oriundas da doutrina constitucionalista pátria, o que será alvo de breves comentários em item posterior.

Quanto à legitimidade para a argüição³⁹, a lei fixou o mesmo rol de legitimados para o ajuizamento da ação di-

38 A expressão abarca os atos normativos, administrativos e até materiais, que violarem norma constitucional definida como preceito fundamental.

39 Foi objeto de veto presidencial o inciso II, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, que possibilitava o ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer cidadão prejudicado. Evitou assim, o Chefe do Executivo, que a ADPF assumisse contornos de verdadeira ação popular constitucional, ou, como concebido no sistema alemão, de um recurso constitucional, remédio que garante aos cidadãos e pessoas jurídicas o acesso ao Tribunal Constitucional em caso de violação a direitos fundamentais por parte do Poder Público.

reta de inconstitucionalidade, cabendo, portanto, observar que toda a construção jurisprudencial da Suprema Corte quanto à necessidade da configuração do nexo de causalidade entre o objeto da argüição e as atribuições institucionais do legitimado (pertinência temática) aplica-se ao procedimento da argüição.

Como visto antes, não são todos os co-legitimados que necessitam comprovar tal relação de pertinência, pois alguns deles (Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara e Conselho Federal da OAB) detêm uma espécie de legitimação ativa universal.

Ademais, o mesmo raciocínio deve ser adotado quanto à previsão jurisprudencial da chamada capacidade postulatória especial dos co-legitimados, o que dispensaria a subscrição da inicial por advogado, à exceção dos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e as entidades de classe de âmbito nacional ou Confederações Sindicais, pois, para esses, vem exigindo o STF a representação por advogado, devendo a petição inicial vir acompanhada por instrumento de mandato⁴⁰.

Da mesma forma que o previsto para o exercício da jurisdição concentrada de controle de constitucionalidade, os legitimados elencados nos incisos I a VII do art. 103 da Constituição Federal estão dispensados de postularem suas ações diretas por intermédio de advogado, possuidores que são de capacidade postulatória especial, com sede implícita no próprio texto constitucional.

40 BRASIL. Lei 9882/99, parágrafo único do art. 3º

6.2. Princípio da Subsidiariedade e Preceito Fundamental

De acordo com disposição contida na lei regulamentadora, à arguição de descumprimento de preceito fundamental foi atribuído caráter subsidiário, sendo incabível seu emprego quando for possível o recurso à medida eficaz para sanar a lesividade, como se depreende da recente decisão do STF a seguir transcrita:

É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º). ADPF (QO) 3-CE, Rel. Min. Sydney Sanches, 18.05.2000. (ADPF-3).

Tal dispositivo deve ser interpretado, como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes, de forma a possibilitar a utilização do instituto, não sendo "necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão todos os recursos razoavelmente úteis"⁴¹.

A subsidiariedade atribuída à arguição de descumprimento de preceito fundamental, em verdade, não encontra justificativa no texto constitucional.

Em momento algum, o constituinte originário atribuiu caráter residual ao instituto, pelo contrário, a ADPF, assim como os demais instrumentos garantidores da supremacia constitucional, possui um campo de atuação nitidamente definido.

41 MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Jurídica Virtual*. Disponível em www.planalto.gov.br

Ora, a destinação conferida pela Constituição fixa a ADPF como mais um elemento integrante do sistema de controle de constitucionalidade responsável, especificamente, pela proteção dos denominados preceitos fundamentais.⁴²

Destarte, imprescindível que seja identificado o objeto da proteção específica, definindo o que seria preceito fundamental, para, então, delimitar o alcance do novel instrumento, tarefa da qual o Supremo Tribunal Federal não pode furtar-se.

Portanto, a subsidiariedade, imposta pelo legislador ordinário, não pode ser encarada como dificuldade intransponível ao emprego da arguição, sob pena de transformar o instituto em letra morta diante da intangibilidade imposta pela jurisprudência.

Ainda sobre o assunto em relevo, interessante apontar o pensamento do atual Advogado Geral da União⁴³:

42 TAVARES, André Ramos. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p.45. Explica melhor a posição da ADPF no exercício do papel de garantia da supremacia constitucional: "A arguição, portanto, não é instituto com caráter "residual" em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a arguição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações.

Poder-se-ia, neste passo, objetar com argumentos como a recorrente preocupação com o nível de sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, esse argumento, de índole essencialmente política, pode ser afastado pela "triagem" que será realizada pelos legitimados ativos, bem como pela "filtragem" consistente na necessidade de que se viole preceito fundamental, e não qualquer preceito constitucional. Ademais, importa ressaltar a necessidade de que, nas Constituições analíticas, como a brasileira, o maior número de atos estatais seja passível de controle abstrato, especialmente quando se trata de proteger o núcleo fundamental da Constituição."

43 MENDES, Gilmar Ferreira, Op. Cit. *Arguição...*

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Vê-se, ainda, que a lei confere ao Supremo Tribunal Federal um controle de natureza subjetiva sobre a utilização do instituto, uma vez que não definiu quais os preceitos considerados fundamentais para efeito da arguição.

Não restam dúvidas de que alguns preceitos serão prontamente identificados como de fundamental importância para o sistema constitucional, como por exemplo, a forma federativa do Estado, a separação dos Poderes, disposições relativas aos direitos e garantias individuais e coletivos. Entretanto, a indeterminação do conteúdo disposto na expressão utilizada pela lei somente será sanada com a efetiva consolidação dos posicionamentos de nossa Corte Maior, órgão responsável pela definição da identidade da arguição inserida no contexto da manutenção da supremacia constitucional.

6.3. Da Possibilidade de Concessão de Liminares e Decisão Final

O novo rito estabelecido prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, desde que observada a maioria absoluta do STF, salvo em caso de urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, durante o recesso, sendo possível o deferimento da medida pelo relator, *ad referendum* do Plenário.

Resta, ainda, ressaltar que a medida liminar

poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada⁴⁴.

Quanto à decisão final, presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, em que pese a inexistência de previsão legal de *quorum* qualificado para a votação, entendo necessária sua observância, já que a própria lei condiciona o deferimento da liminar à maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, não sendo lógico pensar que, para a votação final, seria possível a deliberação por maioria simples.

Essa não é a posição do Prof. Alexandre de Moraes, que apenas ressalva a aplicação do *quorum* qualificado se houver necessidade de declaração de inconstitucionalidade por força da previsão constitucional do art. 97 (a chamada cláusula de reserva de plenário).⁴⁵

44 BRASIL, Lei 9662/99, art. 3º, § 3º

45 MORAES, Alexandre de, *Direito*... Op. Cit. p. 614.

A lei atribui à decisão em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental eficácia *erga omnes* e efeitos retroativos, cabendo na hipótese, a aplicação do dispositivo que faculta ao STF, pelo voto da maioria de 2/3, restringir os efeitos da decisão quanto à eficácia temporal, ao fixar outro momento para que a decisão surta seus efeitos, ou até mesmo, no que se refere à abrangência material, afastar os efeitos da decisão em relação a determinados atos normativos editados pelo Poder Público ou a situações fáticas determinadas⁴⁶.

6.4. Da Arguição Incidental

A multicitada Lei n° 9.882/99 acrescentou nova hipótese de aplicação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao estabelecer a possibilidade de sua utilização

quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

(art. 1°, parágrafo único, inciso I).

46 Válida a citação feita por MORAES, Alexandre de. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Análise à Luz da Lei n° 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 35, do Professor português Jorge Miranda, em trecho de seu clássico manual, assim transcrita: "Para Jorge Miranda, analisando semelhante hipótese no Direito Português, essa possibilidade de fixação de efeitos "destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar, em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas às declarações, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador, ou mesmo de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político. Dessa forma, com a edição da lei, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: requisito formal e requisito material."

Tal dispositivo pode ser considerado como uma espécie de incidente processual de inconstitucionalidade, hipótese não prevista expressamente no permissivo constitucional.

Não deixa de ser um procedimento concentrado que guarda evidente semelhança com a ação declaratória de constitucionalidade, pois trata-se de uma forma de afastar o controle difuso, levando ao Supremo Tribunal matéria objeto de impugnações pela via incidental.

A intenção do legislador ao tentar transferir questões concretas para uma decisão abstrata e com repercussão ampla (eficácia *erga omnes*) e vinculante, em verdade, constitui uma tentativa de impedir a coexistência de decisões contraditórias acerca de eventuais violações de preceitos considerados de fundamental importância para a harmonia e coerência do sistema constitucional brasileiro.

Semelhante preocupação moveu o constitucionalismo brasileiro na direção do controle concentrado da constitucionalidade, dados os inconvenientes do método difuso em um ordenamento jurídico que não confere força vinculante aos precedentes judiciais, como ocorre no exemplo norte-americano.

Essa providência, portanto, ao menos na visão do legislador pátrio, justifica a concentração de impugnações incidentais no STF, como uma tentativa eficaz de conferir certeza quanto à validade de uma lei no ordenamento jurídico-positivo.

Como antedito, o artigo em questão possibilita que seja realizado o controle da constitucionalidade de atos normativos municipais diretamente pelo próprio Supremo Tribunal, bem como, traz à baila a realização de eventual controle sobre atos normativos anteriores à promulgação da Constituição, o que não seria possível na sistemática anterior.

Não restam dúvidas de que a intenção do legislador ordinário foi possibilitar quase por completo a supremacia da Lei Maior sobre todo o ordenamento jurídico-positivo, além de configurar um meio eficaz de uniformização célere da interpretação da norma constitucional.

No entanto, as disposições do parágrafo único do art. 1º, em princípio, encerram dispositivo incompatível com os limites da regulamentação da previsão constitucional, pois resta evidente a ampliação do espectro normativo que, em momento algum, fez referência à admissão da arguição nas hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos também, os editados antes da promulgação do texto constitucional em vigor.

Ademais, é entendimento assente no Supremo Tribunal Federal que a questão relativa a direito vigente em período anterior à promulgação da Carta Constitucional resolve-se pela aplicação de institutos de direito intertemporal, podendo ocorrer a recepção em caso de compatibilidade, ou revogação na hipótese contrária.⁴⁷

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* p. 1261-1262, tem outra posição quando se reporta à questão da inconstitucionalidade superveniente e revogação da legislação, a saber: "Os juizes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotra a um momento anterior ao da entrada em vigor da Constituição.

Ao contrário do que se defende habitualmente na doutrina, julga-se não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à Constituição, nem uma relação de anterioridade dos juizes de revogação e de inconstitucionalidade nem uma relação de exclusão. Não há uma relação de anterioridade - a respeito de normas revogadas não se suscita de um problema de constitucionalidade. Não há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, "um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à Constituição, pois ela deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerado contrária à Constituição (cf. Ac. TC 133/90, DR. II, 4-9-90). A extensão do controle ao direito pré-constitucional (inconstitucionalidade superveniente) não oferece hoje dúvidas perante a norma inequívoca do art. 290.º12. E o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito." (Grifo inexistente no original)

Com efeito, não pode o legislador infraconstitucional extrapolar os limites do que lhe foi delegado pelo Constituinte originário. Destarte, diante da omissão da Constituição Federal, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais que violarem as disposições constitucionais federais, somente, pode se dar pela via difusa, o que, a propósito, vem sendo objeto de posicionamentos da própria Suprema Corte Federal. Não seria lógico estabelecer uma exceção à sistemática usual sem que a própria Constituição tenha feito expressa referência.

6.5. Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a ADPF

Devido à regulamentação recente, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto constituem um universo limitado. No entanto, nota-se nitidamente a preocupação da nossa Corte Constitucional no que respeita à aplicação do chamado princípio da subsidiariedade, condicionando, assim, o conhecimento da providência à inexistência de meio eficaz para sanar a lesividade do preceito constitucional violado. Senão, vejamos a transcrição dos informativos divulgados pela nossa Suprema Corte:

O Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B,

contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal - que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2.000 - teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (CF, art. 2º). Considerou-se ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99 ("A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"). ADPF (QO) 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 3.2.2000.

É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, §1º). Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão "em cascata" (CF, art. 37, XIV - redação dada pela

EC 19/98). ADPF (QO) 3-CE, rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000. (ADPF-3)

Iniciado o julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo. Após os votos dos Ministros Octavio Gallotti, relator, Nelson Jobim, Mauricio Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves que, à vista do disposto no §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, não conheciam da arguição, tendo em vista a existência de outro meio eficaz para sanar a alegada lesividade, e dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, que conheciam da arguição, por entenderem que a medida judicial existente - ação direta de inconstitucionalidade por omissão - não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, o julgamento foi adiado à vista do empate na votação (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º: "Não se admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade"). Afastou-se a preliminar de que o exame da questão relativa à regularização do instrumento de mandato precederia à da incidência do §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. ADPF 4-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 28.6.2000. (ADPF- 4)

Mesmo com o adiamento do julgamento, devido ao empate verificado na votação, vê-se que procede a preocupação acerca da imposição de dificuldades que impossibilitem a aplicação do instituto.

Entendo que a questão deve centrar-se na idéia da utilidade da medida e da ineficácia de qualquer meio disponível para sanar a lesividade. Não se deve olvidar da natureza constitucional do preceito violado, o que implica asseverar, com toda a convicção, que tal violação não pode sobreviver acobertada por meros formalismos impostos pela jurisprudência, mesmo que tenha sido pelo Pretório Excelso.

Como antedito, a subsidiariedade inerente à arguição não pode constituir óbice intransponível sob pena de transformar em letra morta a previsão constitucional em comento.

7. CONCLUSÕES

A evolução contínua dos meios de conservação e garantia da supremacia e rigidez do texto constitucional representa, em tese, uma intenção do legislador brasileiro (constituente ou ordinário) em confirmar a Carta Constitucional como norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

Infelizmente a realidade tem se revelado preocupante, quando se constata que nossa Carta Magna tem sido objeto de verdadeira avalanche de mudanças, em que a mutação constitucional apenas ocorre em função da adaptação de seu texto (rígido?) com os programas dos diversos governos que se alternam no poder.

Não se nega que a Constituição, como toda carta de cunho político-jurídico, acolhe em suas disposições preceitos das mais diversas concepções e complexidades, reflexo da própria heterogeneidade da sociedade que organiza.

No entanto, mesmo considerando essa natureza especial, foram promulgadas seis emendas de revisão e, até o momento, trinta e uma emendas constitucionais, em pouco mais de doze anos contados da data da promulgação!

Diante da inexistência de rigidez prática da norma constitucional e da aparente apatia da Suprema Corte, guardiã da Constituição, na manutenção de sua supremacia, preocupa-nos o destino reservado ao Estado Democrático de Direito, vítima de uma planejada e perigosa instabilidade constitucional em curso.

Portanto, imprescindível apresenta-se o conhecimento dos procedimentos de garantia da supremacia constitucional, os quais, se bem utilizados, servirão como instrumentos eficazes para sustar este processo de banalização do texto constitucional que persiste na realidade política e jurídica de nosso país.

Cabe aos cidadãos e, principalmente, aos órgãos e autoridades legitimados à provocação da jurisdição constitucional concentrada, o papel de agentes catalizadores de um movimento pela sobrevivência ativa do texto supremo, sob pena de atingirmos o caminho sem volta da completa ilusão constitucional, com suas disposições assumindo a condição há muito classificada por Carl Schmitt de *mera folha de papel*.

8. REFERÊNCIAS

- BINENBOIM, Gustavo. Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade no Brasil. *Revista RDA*, São Paulo, n. 218, p 151-174, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 7. ed. Rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.
- DELFIN, Ricardo Alessi. *Ação Declaratória de Constitucionalidade e os Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Jurídica Virtual*. Disponível em: www.planalto.gov.br.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAVARRO, Sacha Calmon. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Obra coletiva editada em comemoração aos dez anos de promulgação da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Análise à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Artur Orlando de A. da Costa Lins

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Pernambuco e
Aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

1. NOÇÕES PREAMBULARES ACERCA DO SENTIDO TELEOLÓGICO DOS RECURSOS
2. A AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO NA APELAÇÃO CÍVEL - 3. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA COMO REAIS PREJUDICIAIS DE MÉRITO E A LEGITIMIDADE CONFERIDA AO ÓRGÃO AD QUEM PARA PROCEDER A UM EXAME COMPLETO E EXHAURIENTE DO APELO - 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 5. REFERÊNCIAS

*Cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa. E, se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa. (PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 146.)*

1. NOÇÕES PREAMBULARES ACERCA DO SENTIDO TELEOLÓGICO DOS RECURSOS

As pertinentes palavras que servem de epígrafe ao presente estudo, lembradas pelo ilustre Prof. Araken de Assis, Desembargador do TJRS, em seu ensaio "*Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis*", refletem, lucidamente, a órbita psicológica que circunda a necessidade de as decisões judiciais serem impugnáveis. Deveras, é muito natural que o vencido, frustrado na expectativa de lograr êxito em sua empreitada jurídica,

empreenda uma reação contra o resultado a ele desfavorável, por entender que, na entrega da prestação jurisdicional, tornou-se vítima de grave injustiça.

Como é curial, qualquer dos contendores, em processo judicial, deseja que a decisão lhe seja favorável. Tal aspiração, aliás, constitui-se parte integrante do patrimônio psíquico-emocional do ser humano e configura, em última análise, um bem incorpóreo e, como tal, há de ser protegida pela abrangência do *due process of law*.

Nessa ordem de idéias, não se pode negar ao vencido a pretensão por um novo julgamento sobre a mesma questão, quando a decisão judicial lhe é adversa. Oferecer a todos os litigantes a possibilidade de submeter causa de seu interesse a dois conhecimentos sucessivos por órgãos judiciais distintos atende, inclusive, ao bom senso e ao critério da razoabilidade.

Justifica-se, desse modo, o acesso à revisão da decisão desfavorável, o que erige o duplo grau de jurisdição à condição de garantia decorrente do devido processo legal. O juiz é ser falível e, como tal, não pode se supor imune ao cometimento de erros, até mesmo em razão da dialética processual, cujo dinamismo dá azo, não raras vezes, à incongruência entre a exata realidade dos fatos trazidos aos autos e o julgamento singular, impondo-se, daí, a evolução do exame e, via de conseqüência, a permissão de reforma do processo em grau de recurso.

O juiz, antes de tudo, é ser humano e, por isso, está inevitavelmente sujeito a falhas. Se o único fosse a decidir o processo, sem possibilidade de revisão por um órgão superior, poderia, quanto à sua atuação judicante, tornar-se despótico, diante da ausência de qualquer tipo de controle nesse sentido.

Remanesce, no particular, aquela velha máxima, de há muito, já preconizada por Calamandrei, quando, em passagem memorável, averbava que:

O Direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável, como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através de sua palavra. O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete (...). De fato, o juiz, como o mago da fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida da sua sentença. Por isso, o Estado sente como essencial o problema da escolha dos juizes – porque sabe que confia a eles um poder terrível que, mal empregado, pode fazer que a injustiça se torne justa, obrigar a majestade da lei a se fazer paladina do erro e imprimir indelevelmente na cândida inocência a mácula sangüínea que a tornará para sempre indistinta do delito. (CALAMANDREI, 1997, p. 10-11).

No Direito Contemporâneo, diversos países adotam, já desde o 1º grau de jurisdição, o sistema dos juízos colegiados, a exemplo de Portugal e da França, na suposição de que assim restaria mais bem assegurada a “justiça” da prestação jurisdicional, ou porque, desse modo, melhor seriam analisadas as questões de fato, reservando-se o reexame recursal, em algumas legislações, apenas ou quase sempre somente às questões de direito.

No Brasil, todavia, em matéria cível, o grau inicial de jurisdição é sempre exercido em juízo singular; já em matéria criminal, mantém-se o juízo colegiado no 1º grau da Justiça Militar, pois as Auditorias são compostas pelo juiz togado e por oficiais das Forças Armadas e, ainda, no Tribunal do Júri, com competência limitada ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Em sede recursal, a regra tradicional, como sabido, consagra o julgamento colegiado, ora pelas Câmaras ou Turmas (a denominação Turma em geral utilizada apenas nos Pretórios Superiores e nos Tribunais Federais), ora por colegiados mais numerosos, como os Grupos de Câmaras reunidas, as Seções, o Plenário, dependendo da natureza do recurso (ou da ação originária) em julgamento e das normas, legais ou regimentais, relativas à determinada organização judiciária.

De regra, um segundo exame possibilita uma visão mais minuciosa e detalhada da causa, a ponto de elevar o duplo grau à condição de garantia fundamental da boa justiça e essencial à organização judiciária, porque, nessas circunstâncias, são maiores as probabilidades de se alcançar a concretização da justiça ideal.

Aliás, todos sabemos que é preciso, ou melhor, é essencial ao operador do direito buscar o contato entre a norma jurídica e a vida real, conferindo à primeira a plasticidade e a mobilidade necessárias não só para disciplinar novas situações, atraindo-as para a sua órbita e projetando sobre elas um mesmo conteúdo substancialmente inalterado, mas até mesmo para carregar sentidos novos, consentâneos com os novos ideais de justiça, a superar, a partir daí, a legalidade estrita. Tudo isso nada mais representa do que a expansão da garantia do amplo acesso à justiça, axioma constitucionalmente assegurado (C.F., art. 5º, inc. XXXV).

2. A AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO NA APELAÇÃO CÍVEL

Quando falamos sobre a Apelação Cível, recurso por excelência, sabe-se que a sistemática instituída pelo nosso Código de Processo Civil contemplou, nos termos do *caput* do art. 515 desse mesmo Diploma Processual, o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* – desdobramento do princípio dispositivo –, segundo o qual a extensão do recurso é proporcional à matéria impugnada pelo recorrente, ressalvadas, contudo, as matérias de ordem pública que podem ser suscitadas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, em razão do efeito translativo.

De fato, o efeito devolutivo é singular manifestação do princípio dispositivo, por sua vez, insculpido no art. 262 do Estatuto Processual Civil, e não mera técnica de

processo. Como o juiz, via de regra, não pode agir de ofício, devendo aguardar a iniciativa da parte ou do interessado (art. 2º, C.P.C), deve, igualmente, decidir apenas nos limites do pedido (art. 460, C.P.C), que são fixados na petição inicial pelo autor (art. 128, C.P.C), sob pena de julgar *extra, ultra* ou *citra petita*.

Transportando tais considerações para a esfera recursal, que é uma espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento, é sabido que o recurso interposto devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões do recurso, encerradas com o pedido de nova decisão. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Além disso e sobretudo, o efeito devolutivo prolonga o procedimento, à medida que o processo fica pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela incúria da parte em não interpor, tempestivamente, o recurso cabível, quer pelo esgotamento da instância recursal. Por outras palavras, o efeito devolutivo adia, ou melhor, posterga, como consequência inafastável, a formação da coisa julgada, que somente ocorrerá após o pronunciamento do órgão jurisdicional superior. Têm-se, portanto, protraídos no tempo tanto os efeitos das sentenças sujeitas à remessa obrigatória, como a formação da coisa julgada, em razão de um impedimento legal.

A rigor, o objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, ou seja, a matéria sobre a qual deve o tribunal pronunciar-se, provendo-o ou improvendo-o. As

preliminares, alegadas quase sempre nas contra-razões recursais, a exemplo das que pugnam pelo não conhecimento do mesmo, não integram – é certo – o efeito devolutivo do recurso, pois representam matéria de ordem pública a cujo respeito o tribunal deve *ex officio* pronunciar-se e são, por isso mesmo, insuscetíveis de preclusão, à ótica do art. 267, §3º, do Código Instrumental Civil.

Tais questões, na realidade, ficam sujeitas ao exame do tribunal não em virtude do efeito devolutivo, mas por força do chamado efeito translativo do recurso, que autoriza o juiz ou o tribunal a julgar fora dos limites das razões e das contra-razões do recurso, analisando todo o conteúdo do processo (art. 267, §3º e 301, §4º, ambos do C.P.C).

Rigorosamente, a possibilidade de o órgão *ad quem*, *ex officio*, examinar as questões de ordem pública, não argüidas pelas partes, não decorre do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem da atuação do princípio dispositivo, mas em face do efeito translativo, corolário do princípio inquisitório.

Doutra banda, o efeito devolutivo, inerente a qualquer recurso, revela-se pura manifestação do princípio dispositivo, pois, **em princípio**, somente se devolve ao tribunal a matéria efetivamente impugnada e sobre a qual pugna o recorrente por nova decisão. Entrementes, o art. 515 do C.P.C, após fixar, no seu *caput*, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, prevê, no §1º, que

serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

suficientes para o desate da questão. Tendo o julgador encontrado o necessário fundamento de sua decisão, seria ocioso e descabido passasse ele a comentar todas as razões das partes e a analisar, um a um, todos os argumentos por essas trazidos. Importa se considerar, sim, a causa posta, fundamentadamente, de tal sorte a demonstrar as razões pelas quais se concluiu o *decisum*, ainda que essas não venham sob o contorno dos textos jurídicos que às partes se afigure adequado.

A pretensão deduzida em juízo pelo autor é o objeto do processo e sobre ela se pronunciará o juiz. Para alcançar o julgamento, na parte dispositiva da sentença, o julgador aprecia, *incidenter tantum*, aquilo que processualmente é chamado de motivação da sentença, ou seja, os fundamentos de fato e de direito, os quais, porém, não constituem a coisa julgada (art. 469, I e II, do C.P.C).

Em verdade, os limites objetivos da coisa julgada não repousam no que foi declarado, ou melhor, no conteúdo da parte dispositiva do julgado; ao revés, situam-se não só no âmbito da *causa petendi*, na medida dos fundamentos da solução que lhe deu o julgamento, assim também no bojo do pedido. A imutabilidade própria de coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não essa última, isoladamente, sob pena de violação do disposto no art. 469, I, do C.P.C.

Óbvio parece, então, que, em sede de apelo, o tribunal deve cumprir o requisito da reanálise das matérias julgadas em grau inferior de jurisdição, sem que fiquem essas estremadas por ato da parte vencida, de levar à revisão do juízo superior o que pretende ter reformado. Na ausência de provocação da parte

interessada e de respectivos fundamentos de rejulgamento, impõe-se que o tribunal reveja todas as matérias que foram apreciadas pelo órgão sentenciante, em conhecimento integral da causa. Daí porque, lícito é ao tribunal manter ou reformar a sentença, não pelos argumentos trazidos na narrativa das partes, mas por outras, até mesmo nunca discutidas no processo, relevantes, porém, ao deslinde da causa.

Rogério Lauria Tucci, nesse diapasão, anuncia que

devolve-se ao juízo coletivo ad quem a cognição plena das questões suscitadas e discutidas no processo; e este, a seu turno, deverá examiná-las todas podendo manter, reformar ou revogar o ato decisório em referência, independentemente de pedido de qualquer dos sujeitos processuais e de razões dos litigantes (Revista Forense n. 254, p. 133).

Nessas circunstâncias, para se obter a compatibilização entre o *caput* e o §1º do antedito art. 515 do C.P.C, a doutrina tende a propugnar que a extensão do efeito devolutivo é determinada a partir da matéria impugnada, enquanto a profundidade compreende todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa, ainda que a sentença não as tenha apreciado por inteiro.

Moacyr Amaral dos Santos situa com muita propriedade a questão, quando afirma:

...ao juízo da apelação competirá conhecer da matéria impugnada. Consagra o texto legal o

brocando – tantum devolutum quantum appellatum. Quer dizer que o julgamento do tribunal deverá cingir-se ao que foi objeto da apelação, ao pedido de reexame da matéria impugnada (...). O conhecimento do tribunal da 'matéria impugnada' não se restringe ao que expressamente foi focalizado na petição do recurso, mas se estende a todas as questões que se comportam naquela matéria (g.n) (SANTOS, 1990, p. 107 - 108).

O escólio jurisprudencial de nossos Pretórios corrobora esse entendimento, como se vê adiante :

Tratando-se de caso de apelação com impugnação da sentença em seu todo, impunha-se à Corte de Cassação o reexame não apenas das questões decididas pelo julgo de primeiro grau, mas também daquelas que, podendo ter sido apreciadas, não o foram. (STJ, 2ª Turma, Resp n.º 7.121/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13.03.91).

3. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA COMO REAIS PREJUDICIAIS DE MÉRITO E A LEGITIMIDADE CONFERIDA AO ÓRGÃO AD QUEM PARA PROCEDER A UM EXAME COMPLETO E EXAURIENTE DO APELO

Estabelecidos esses primeiros enunciados, traçados sob um paralelo entre a amplitude, atributo inseparável do efeito devolutivo da apelação, e a necessidade de deixar

incólume a verdadeira essência do duplo grau de jurisdição, resta-nos agora esboçar algumas ponderações acerca do real objeto deste modesto ensaio.

Convém se advirta, logo de proêmio, que o tema é dos mais excitantes na moderna processualística civil brasileira, bastando lembrar, a tanto, que, após quase três décadas de vigência do Código Buzaid, ainda continua a suscitar inúmeras controvérsias, tanto na doutrina como no seio da jurisprudência pátrias.

Debate-se, nesse contexto, se, tendo a sentença monocrática julgado extinto o processo pela prescrição ou decadência, deve o tribunal, ao arredá-las em grau de apelação, prosseguir no julgamento, apreciando a causa por inteiro, ou deve retornar o feito ao primeiro grau, a fim de que lá se profira outra sentença.

Como todos sabemos, a decadência e a prescrição são institutos que se ligam à inércia de alguém, em face do decurso do tempo, dando origem à perda de um direito. Ambas têm o escopo de colocar fim a uma situação, cuja subsistência por tempo indeterminado perturbaria – é certo – a estabilidade das relações jurídicas.

O multicitado art. 515, *caput*, da Lei Processual Civil, estabelecendo que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, levou alguns a concluir que, no julgamento do recurso, não se poderia decidir mais que sobre ter havido, ou não, a prescrição ou a decadência. Como apenas essa questão fora enfrentada em primeiro grau, outra não poderia ter sido impugnada no recurso. Ledo engano, como se tentará demonstrar a seguir. Eis a pretensão do presente trabalho.

Não mais se questiona que a decisão acolhendo a prescrição ou a decadência importa julgamento de mérito. Já o sustentava a doutrina e o tema tornou-se indubitoso com o advento do atual Código de Processo Civil. Com efeito, a prescrição e a decadência configuram **reais prejudiciais de mérito**, matéria substantiva e não formal, e, por isso, quando o juiz, após a instrução do feito, pronuncia uma ou outra, inegavelmente, já examinou o mérito da demanda, extinguindo o processo por meio da denominada "**sentença de mérito atípica**", nos moldes do art. 269, IV, do C.P.C.

O texto teve também objetivo prático, pois acabou a controvérsia que pairava no direito anterior sobre o que era, ou não, mérito ou quase-mérito e se a decisão que o declarasse era agravável ou apelável. Verdade seja esta é que declarar a prescrição ou a decadência é, em última análise, proclamar a própria falência jurídica do direito invocado, pois sem a possibilidade de exigir, via prestação jurisdicional, a efetivação do direito, quando o devedor não honrá-la voluntária e tempestivamente, restringe-se essa à mera obrigação moral.

Et pour cause, se o tribunal, em grau de recurso, afasta a prescrição ou a decadência, deve, sem dúvida alguma, adentrar na análise total do pedido, passando a apreciar os restantes aspectos da lide, sobre os quais o juiz singular não chegara sequer a se manifestar. Não mais se devolverão os autos ao juízo da causa para dito exame, porquanto, iniludivelmente, ali não mais é possível.

Esse é, a nosso ver, o caminho mais consentâneo com a intenção do legislador pátrio infraconstitucional, devendo, *ipso facto*, ser, no maior das vezes, o adotado pelos

nossos Pretórios. Diz-se "no maior das vezes", porquanto, em poucas situações, que serão vislumbradas ao longo deste trabalho, o órgão *ad quem*, por lógica jurídica, há de encaminhar-se em sentido oposto.

Como visto algures, o comando insculpido no *caput* do art. 515 do Diploma Processual Civil congrega a extensão do efeito devolutivo, que se deve cingir à extensão do próprio tema impugnado (*tantum devolutum quantum appellatum*). A bem da verdade, não há aqui propriamente exceção à regra, segundo a qual a extensão do efeito devolutivo se mede pela extensão da impugnação. Tal fórmula revela – é certo – a extensão da apelação, e não a sua profundidade, quando a apelação é sempre integral, devolvendo-se ao tribunal a integralidade das questões aventadas e debatidas no processo, bem como todo o conteúdo da decisão monocrática. Em epítome: a matéria impugnada é a própria declaração da improcedência do pedido e sobre isso há de se manifestar o tribunal, muito embora, para fazê-lo, tenha de examinar questões que o órgão singular deixou intactas.

Por essa linha de pensar, infere-se que, quando se tratar de sentença terminativa, sem apreciação meritória, aí sim – deve o órgão colegiado, acaso superados os óbices preliminares (condições da ação e pressupostos processuais), devolver ao juízo singular o exame da matéria de mérito, sob pena de afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição e incorrer em supressão de instância (art. 515, *caput*, c/c 463, ambos do C.P.C), porquanto a prestação jurisdicional monocrática ainda não se esgotou. Entretanto, se o *decisum* de primeira instância pronuncia-se *de meritis*, deve a Corte Colegiada, afastada a

prescrição ou a decadência, passar a examinar as demais partes do mérito.

É que a prescrição consolida, de modo definitivo, situação de direito material e seu reconhecimento implica a improcedência do pedido, porque, quando a prescrição extingue a ação, também extingue o direito material por ela protegido. Se a decretação da prescrição impede seja renovado o processo, a sentença é, inexoravelmente, definitiva de mérito, e jamais terminativa.

Repercute, ainda, a lembrança de que, ao prolatar sentença de mérito, o magistrado cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, consoante a regra estampada no art. 463, do Diploma Instrumental, só podendo alterá-lo nas restritas hipóteses ali previstas. Ora, sem apreciar o mérito, é evidente que o juiz não terá finalizado seu ofício com vistas à entrega da efetiva prestação jurisdicional. Daí porque, cuidando-se de sentença terminativa reformada, os autos não de voltar-lhe para decidir quanto ao mérito. Examinando, porém, o mérito, a exemplo do decisório, que reconhece a prescrição ou a decadência, não mais poderá o juiz pronunciar-se sobre a causa, salvo, naturalmente, se anulada a sentença, por grave injustiça ou evidente vício processual.

A compreensão comemorada é prestigiada pelo inclito JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Desembargador aposentado do TJRJ, que, em lapidar pronunciamento sobre a matéria, ensina-nos:

Tem-se aí mais um dado relevante para a configuração exata do princípio do duplo grau de jurisdição, tal como acolhe o Código de 1973.

Como já se frisou, à luz do disposto no art. 463, é inadmissível que o órgão superior se pronuncie sobre o meritum causae, sem que antes o tenha feito o juízo inferior. Não é necessário, porém, que a atividade cognitiva deste haja esgotado a matéria de mérito. O princípio do duplo grau, no sistema do estatuto vigente, não reclama que só passem ao exame do tribunal as questões efetivamente resolvidas na primeira instância: fica satisfeito com a simples possibilidade de que essas questões fossem legitimamente apreciadas ali. Deve reconhecer-se tal possibilidade sempre que o Juiz a quo já estivesse em condições de resolvê-las, no momento em que proferiu a sentença. (MOREIRA, 1998, p. 416)

Afastada a hipótese de sentença terminativa, de que aqui não se cogita, é certo que a lide, forçosamente, terá sido julgada por inteiro. Assim não fosse, a sentença seria nula, já que *citra petita*. O que pode deixar de ter sido apreciado são questões que interessem ao julgamento do mérito. E tais questões serão apreciadas pelo tribunal, não importando a razão por que deixaram de o ser no primeiro grau.

Sob tal ótica, e soerguendo a tese aqui defendida, invoca-se a estupenda lição do consagrado processualista NELSON NERY JÚNIOR, que pondera:

...caso na sentença tenha o juiz pronunciado a prescrição ou decadência, houve julgamento de mérito, por força de disposição expressa do art.

269, IV, do CPC. Evidentemente, com o decreto da prescrição ou decadência, as demais partes do mérito restaram prejudicadas, sem o exame explícito do juiz. Como o efeito devolutivo da apelação faz com que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que o juiz não as tenha julgado por inteiro, como no caso do julgamento parcial do mérito com a pronúncia da decadência e prescrição, sejam devolvidas ao conhecimento do tribunal, é imperioso concluir que o mérito como um todo pode ser decidido pelo tribunal quando do julgamento da apelação, caso dê provimento ao recurso para afastar a prescrição ou decadência (...).

E arremata:

“o importante é salientar que ao tribunal é lícito julgar todo o mérito, não estando impedido de fazê-lo” (NERY JUNIOR, 2000, p.747, nota 5 do art. 515)

Pode ser, todavia, que o tribunal não se encontre em condições de analisar todas as matérias suscitadas e discutidas no processo, por ausência de prova a respeito, o que se nos afigura outra questão, diversa da pretensa impossibilidade jurídica de o tribunal examinar o “restante” do mérito.

Às vezes, o julgamento do mérito realiza-se em ocasião anterior àquela em que teria de efetivar-se, caso o órgão judicial houvesse de apreciar outras questões. Assim, v.g., quando não se tratar de direito patrimonial, a declaração da decadência ou da prescrição pode ocorrer no próprio despacho inaugural, indeferindo-se, de plano, a exordial (art. 295, IV, c/c o art. 219, §5º, todos do C.P.C.).

Em tais circunstâncias, o órgão *a quo*, ao proferir a sentença, não se encontrava em condições de resolver nenhuma outra questão de mérito, além da concernente à decadência ou à prescrição, de sorte que apenas essa se devolve ao conhecimento do tribunal; se a apelação for provida, o feito terá de prosseguir, na instância inferior, a sua regular marcha processual, para exame oportuno dos demais aspectos do *meritum causae*.

De fato, na restrita hipótese de indeferimento *in limine* da inicial em razão da prescrição, encerrando o processo *com* julgamento do mérito, é que se afiguraria impossível o julgamento do mérito da causa pelo tribunal *ad quem*, eis que, assim procedendo, estaria violando os princípios do contraditório e da ampla defesa, essenciais para a garantia do *due process of law*.

Em situações tais, e somente nelas, já que o feito não se encontra devidamente “maduro”, por não conter elementos de prova suficientes, não poderá o tribunal avançar além do ponto a que o juízo de origem chegou, podendo, porém, converter o julgamento em diligência, mantendo-o, ainda nessa situação, sob sua presidência.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o juiz singular reconhece a prescrição, está julgando, por completo, a lide, declarando extinto eventual direito do autor, por não ter esse exercido a sua pretensão no prazo de exercício previsto em lei. Ora, em já tendo sido apreciado o mérito pelo togado monocrático, não resta ultrajado o princípio do duplo grau de jurisdição, se o tribunal avançar no exame do mérito da lide, porque,

assim procedendo, ele apenas irá apreciar questões antes não apreciadas, mas não estará proferindo o primeiro julgamento do mérito, já concretizado anteriormente.

Quer-nos parecer, portanto, quando a sentença tiver reconhecido a prescrição ou a decadência, embora tenha apreciado o mérito, à guisa de uma cognição exauriente, o tribunal, ao afastar uma ou outra, pode prosseguir no julgamento restante de mérito, sem se cogitar, portanto, de qualquer violação ao duplo grau de jurisdição, tampouco supressão de instância pois, em essência, o mérito como um todo já foi apreciado.

De outra parte, à luz da garantia do amplo acesso à justiça, axioma constitucionalmente assegurado, da instrumentalidade do processo (art. 244 do C.P.C.), da economia e celeridade processual e da conservação ou aproveitamento dos atos processuais (art. 250 do C.P.C), possível é emprestar exegese ao §1º do art. 515 do mesmo Diploma Instrumental, a possibilitar que o tribunal, ao afastar a prescrição ou a decadência, aprecie o “resto” das questões meritórias, desde que, no processo, haja elementos de prova suficientes para o respectivo julgamento.

Tal entendimento deriva da própria disposição legal, que confere plena legitimidade ao tribunal para proceder a um exame completo e exauriente do apelo, permitindo-lhe, desde logo, a apreciação e julgamento de todas as questões suscitadas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, prescindindo da remessa dos autos à instância inferior, sem diferir, ainda mais e na contramão da tendência processual hodierna, a ultimação da prestação jurisdicional.

A generalidade, abstração e capacidade de expansão do princípio do acesso à justiça dão liberdade ao aplicador do direito de superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, fazendo com que seja emprestado novo sentido à norma jurídica para atender às novas aspirações da Justiça ideal e do bem comum.

Não nos parece razoável nem sensato que, estando o processo “maduro para julgamento”, porque contém elementos probatórios bastantes para seu julgamento em razão de instrução probatória já efetivada ou, alternativamente, quando o feito, àquela altura, já comportava julgamento antecipado (art. 330 do C.P.C), não possa o tribunal apreciar o “mérito restante” da lide.

É imperativo concluir, no âmbito desse questionamento, que a investida do órgão *ad quem* no âmago da lide propriamente dita não proporciona qualquer prejuízo às partes, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa no juízo *a quo*; ao contrário, proporciona a prestação da tutela jurisdicional de forma mais célere e segura, por um órgão colegiado composto de magistrados com mais experiência, que, em regra, aplica o direito em último grau de jurisdição, tudo em obséquio a alguns dos mais relevantes princípios informadores da processualística moderna.

Há de se interpretar o Direito Processual Civil com os propósitos voltados para se extrair da norma positiva o máximo que ela possa fornecer, na tentativa de acelerar a entrega da efetiva prestação jurisdicional. Lembram Cintra, Pellegrini e Dinamarco que:

Se o processo é um instrumento, não pode ele exigir um dispêndio exagerado em relação aos

bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais (CINTRA, PELLEGRINI, DINAMARCO, 1999, p. 72)

Registre-se, todavia, que a doutrina – segundo a qual, apartada a prescrição ou a decadência declaradas na instância inferior, deve o tribunal determinar a remessa dos autos ao juízo *a quo* – não é desprovida de cientificidade; ao contrário, teve e tem ela significativa importância na consolidação do Direito Processual enquanto ciência. Contudo, diante dos reclamos sempre presentes, deve ser ela, no maior das vezes, preterida, por não mais atender às hodiernas pretensões da justiça “ideal”, notadamente àquelas concernentes à manutenção da garantia do amplo acesso à justiça, proposição albergada em sede constitucional (C.F, art. 5º, inc. XXXV).

É de incidir-se, pois, nessas situações, o princípio “da interpretação conforme a Constituição”, segundo o qual entre as várias interpretações possíveis sempre obtém preferência aquela melhor concorde com os princípios constitucionais. Na hipótese em discussão, privilegia-se, como dantes salientado, a garantia do acesso à justiça e, mormente, o duplo grau de jurisdição, mantido em toda a sua essência e plenitude.

A par disso, repita-se o tantas vezes já bradado: não pode o tribunal, ao afastar a prescrição reconhecida pelo juízo monocrático, determinar o retorno dos autos a mesma instância inferior, para julgar as demais questões de mérito, pois, embora possa comportar diversos outros desdobramentos, o mérito é um só e, portanto, a lide só admite um único julgamento.

Seria altamente disfuncional para o Direito Contemporâneo que o jurisdicionado percorresse o caminho mais árduo para conquistar seus direitos ofendidos desde logo. É dizer, qualquer delonga na possibilidade de desfrute do direito, delonga esta ensejadora de oneração do patrimônio, conduz à ineficácia da medida. Não deve, ou melhor, não pode o Direito omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social.

O Direito Processual Civil, como instrumento responsável pela aplicação da norma positiva substantiva, não pode e não deve ficar insensível a tais fenômenos. O excesso de formalismo e a utilização da técnica processual – como se constituíssem fim em si mesmos – representam um verdadeiro “mal”, pois desconsideram o objeto na construção do instrumento, inclusive porque

a concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la

(STJ, Resp n.º 15713/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 04.12.91).

A reboque do que foi dito, não se pode dar espaço, no atual estágio de desenvolvimento do direito, ao que Cândido Rangel Dinamarco brilhantemente denominou de "*aspecto negativo da instrumentalidade*", ao assentar que

o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual. Mais do que isso, gera a falsa impressão de que os sucessos do processo criam direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material existente entre elas, para o modo como se comportam processualmente e o destino que em virtude disso lhes é reservado (DINAMARCO, 1999, p. 268).

Aliás, o Direito, em permanente evolução, ultrapassa os limites interpretativos tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

A atividade judicante e, por via oblíqua, as decisões judiciais devem progredir diuturnamente, atendo-se, é claro, aos casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem, contudo, abrir porta ao arbítrio judicial. O ato de aplicar a lei ao caso concreto, através da "moldura normativa" tão

apregoadada por Kelsen, não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores, pois há de se ter em conta os fecundos ensinamentos da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Por meio de tais operações, não tomará o magistrado liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se ofereceram ao seu espírito, escolherá aquela que mais realize completamente o ideal do justo e razoável.

Resta imperioso perquirir-se, afinal, quanto ao sentido teleológico dos arts. 269, IV, 463 e 515, §§1º e 2º, todos do C.P.C, os quais, em interpretação conjugada, induzem ao raciocínio, pelo qual, extirpando a prescrição ou a decadência declaradas pela sentença monocrática, o tribunal pode e deve prosseguir no julgamento, por inteiro, da causa a ele posta em grau de apelo.

De tudo quanto exposto, estou em que não há violação alguma ao art. 515, do Estatuto Processual, se o decisório de primeira instância pronunciando-se de *meritis*, pode a Corte Colegiada, arredadas a prescrição ou a decadência (art. 269, IV, do C.P.C), adentrar na análise total do pedido, sem que isso implique supressão de instância ou, em absoluto, afronta ao duplo grau de jurisdição. Tal ocorreria se o tribunal, em reformando sentença monocrática, que extinguiu o **processo sem exame meritório**, ingressasse na análise da seara meritória, até então totalmente inóspita.

5. REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral dos recursos**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. (Recursos no Processo Civil, 1).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Problemas processuais decorrentes da abolição da denominada apelação ex officio. **Revista Forense**, n. 254, p. 133.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 3v.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. (Coleção Estudos de Direito de Processo, v. 16).

WAMBIER, Teresa Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei n. 9.756/98**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Doutor em Direito, Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, Procurador Geral da Universidade Federal de Pernambuco e Advogado.

SUMÁRIO

1. A INDICAÇÃO DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS. 2. A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO. 3. A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE. 4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO. 5. AS LEGISLAÇÕES MODERNAS. 6. *DE LEGE FERENIM*

1. A INDICAÇÃO DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

As diversas ordens jurídicas contam com critérios tradicionais para a indicação da lei aplicável aos contratos internacionais de comércio, indicação que pode acarretar conflitos cuja solução é objeto do direito internacional privado:¹ são propostos os sistemas da *lex loci contractus*,² da *lex loci solutiones* (ou seja, onde se deve

1. Pode o direito internacional privado ser definido como um complexo de normas que, em cada ordenamento jurídico estatal, indica o direito aplicável às relações a este submetidas, que apresentam pontos de contato com outros ordenamentos, também estatais.

2. Código Civil da Áustria (arts. 36 e 37). ESPINOLA, Eduardo e outro *gathering* regras do Restatement americano que contemplariam tal sistema: arts. 311, 312, 332, 370 e 372. (*A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1985. v. 1, p. 410).

cumprir o contrato), da *lex fori*, da *lex patrie*, da *lex domicilii*³ e da *lex voluntatis*, essa última a que interessa presentemente.⁴ Ainda outros são propostos, que

*primero la jurisprudencia del common law y posteriormente las legislaciones vanguardistas han ido adoptando sobre enfoques más flexiones que outorgam um mayor arbitrio a la autoridad judicial, que são o equilíbrio de interesses, a relação mais significativa, os vínculos mais estreitos e a prestação mais característica.*⁵

Quando o juiz se depara com um contrato internacional,

deve interpretar a regra especial [a norma colisional] e tirar dela a indicação da regra material (direito substancial) a ser aplicada ao caso concreto, que poderá ser tanto direito nacional, como estrangeiro. A regra que determina a lei aplicável às diferentes relações

3 Quanto aos deveres, as pessoas se submetem à lei nacional, em conexão primária, a qual se julga competente ou faz remissão a outra lei, em conexão secundária (domicílio, etc.). V. ESPINDOLA, Eduardo e outro, *op. cit.* nota 69, p. 410.

4 Quanto à utilização dos diversos sistemas indicados, v. LORETO, Sílvio, *Los principios de Derecho Internacional nas legislações internas*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. Recife, n. 8 (p. 313-346); n. 9 (351-394), 1997 e 1998.

5 Cf. SIQUEIROS, José Luis. *Ob. cit.*, p. 284. Vale citar o artigo 10, n. 5, do antigo Código Civil espanhol, que admite a aplicação da lei "a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trata" (cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42).

*de direito privado que possuem elementos de estraneidade são tradicionalmente denominadas regras de direito internacional privado ou regras de conflito de leis.*⁶

Essa prática se constitui no denominado método conflitual, criado pelo caráter nacional do direito internacional privado, que pode acarretar óbices para o comércio internacional: a competência concorrente da pluralidade de ordenamentos jurídicos; a diversidade de suas regras conflituais e materiais; a inadaptação das regras nacionais às especificidades das relações de direito internacional; as dificuldades de se conhecer o direito estrangeiro aplicável; e, também, as dificuldades da execução das sentenças estrangeiras.⁷

Tais óbices é que explicam a existência dos "autonomistas absolutos", para os quais as partes podem submeter o contrato a princípios da prática comercial internacional,⁸ a decisões arbitrais, ao admitir-lo auto-regulamentado, sem qualquer vinculação a uma lei (estatal).

6 BASSO, Maristela. *A autonomia de vontade nos contratos internacionais de comércio*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Botto (coordenadores). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994, p. 57.

7 *idem*, p. 59.

8 *Que se consubstanciam na lex mercatoria, que BERTHOLD GOLDMAN qualifica como um sistema jurídico, normas de uma autoridade não estatal, profissional, que dita contratos-típicos e estimula a arbitragem como foro ideal. Contaria com coação, representada pela pressão moral da classe dos comerciantes, pelas penalidades comerciais, pela publicidade, ou, finalmente, do próprio Estado (quando insuficiente a Lex mercatoria, a alternativa é vinculá-la ao direito estatal, que não lhe deve negar executabilidade, senão por motivo de força maior).*

As alternativas propostas merecem amadurecimento, mas, enquanto se encontra em aberto o debate, é de se reconsiderar o método conflitual em matéria dos contratos internacionais, com vistas à adoção de regras uniformes de solução de conflitos de leis, o que tem sido objeto, inclusive, de diversas convenções internacionais e da preocupação dos Estados, observável nas últimas décadas, em modernizar suas leis de direito internacional privado.⁹

Entre a unificação do direito material (via convenções internacionais) e a harmonização do direito conflitual (das normas de direito internacional privado), esta parece ser o caminho mais rápido para que se evite “*tensões e desgostos que decorriam da substituição eventual de códigos inteiros*”.¹⁰

2. A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

Dentre as circunstâncias que num contrato internacional podem exprimir um liame indicativo do Direito Aplicável, avulta a autonomia da vontade das partes, em seu traço significativo, qual seja, a liberdade das partes para escolher o sistema jurídico que regulará o contrato, aceção bem diversa daquela emprestada à mesma autonomia pela ordem interna (poder reconhecido aos indivíduos para criar situações jurídicas).¹¹

9 Cf. RODAS, João Grandino, prefaciando ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

10 CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia de (coordenadores). *Integração Jurídica Interamericana e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

11 “L'autonomie de la volonté a eu de multiples conséquences techniques en droit interne, et un rôle en droit international privé”. RANCIER, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980. p. 10.

Tão marcante é a autonomia da vontade, que se afirma que a grande diferença entre o contrato internacional e o contrato interno reside na possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável àquele.¹² Da exposição de motivos da Lei Uniforme BENELUX em matéria de Direito Internacional Privado colhe-se: “dans un contrat international, c'est-à-dire un contrat qui comporte des éléments d'extranéité donné à plusieurs lois vocation de s'y appliquer, les parties ont la faculté de choisir la loi qui le régit”.¹³

A autonomia da vontade age no sentido de assegurar previsibilidade ao contrato internacional de comércio, pois as partes conhecem, com antecedência, qual o direito que resolverá as possíveis pendências decorrentes de sua execução.¹⁴

É certo que a autonomia da vontade pode ser vista em três planos: como meio privilegiado de designação da lei aplicável a um contrato internacional; como permissivo para as partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal; e como instrumento de aperfeiçoamento do direito, na eliminação dos conflitos de lei, em razão da liberdade internacional na determinação do direito aplicável às contratações.¹⁵

12 ARAÚJO, Nádia de, que atribui a expressão a CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 15.

13 Cit. por BASSO, Maristela. *A autonomia da vontade nos Contratos Internacionais de Comércio*. In: BAPTISTA, Luiz Otávio, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coordenadores). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994. p. 54.

14 V. VERA, Elisa Pérez e outros. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998. v. II, p. 275/276.

15 Cf. ARAÚJO, Nádia de, Op. Cit. p. 14. Também da mesma autora, v. “A nova lei de arbitragem brasileira e os ‘Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais’”. In: CASELLA, Paulo Borba (coordenador). *Arbitragem: A nova lei brasileira (9.037/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997. p. 98.

O exercício da autonomia da vontade motiva perguntas, tais como: o direito do foro interfere naquilo que as partes designaram ou o juiz deve deixar de aplicá-lo em face de sua ausência no direito estrangeiro que rege a questão? E quando o direito do foro possui normas obrigatórias inexistentes no direito estrangeiro, devem essas ser observadas?

Tem-se presente, para que se tente responder, que os diversos ordenamentos jurídicos estatais consignam limites ao exercício da autonomia da vontade das partes. Podem as partes designar um sistema jurídico como a lei aplicável e tal não ocorrer, pois há

sistemas jurídicos que estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual (...) Outros limitam a escolha a uma lei que tenha relação entre as partes ou com o negócio, por exemplo, a lei do lugar de execução (lex loci executionis), ou a lei da nacionalidade ou domicílio das partes, ou a lei da constituição da obrigação (locus regit actum).¹⁶

Ademais, alguns contratos, por suas características peculiares, demandam uma regulamentação própria, que pode tornar ineficaz a manifestação de vontade das partes, a exemplo dos contratos de consumo.¹⁷

¹⁶BASSO, Maristela, *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁷V. SIQUEIROS, José Luis: *Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coordenadores), *Op. Cit.*, p. 268-269.

Entretanto, não faria sentido tal liberdade se todas as normas imperativas do direito estrangeiro deixassem de ser aplicadas por causa das normas do foro, ou ainda, se imposições inexistentes no direito estrangeiro se tornassem obrigatórias pelo direito do foro, sendo aplicáveis a contrato regido por outra lei.

3. A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Para precisar o significado da autonomia da vontade, detectam-se duas correntes. A concepção subjetivista entende que a designação da lei aplicável dependeria, exclusivamente, da vontade dos contratantes, mesmo que hipotética.¹⁸ O contrato não se submeteria a uma lei, mas essa se incorporaria ao contrato, pois a vontade das partes é que conferiria força obrigatória às disposições legislativas. Já a concepção objetiva não admite que a lei aplicável possa ser objeto de estipulação das partes: a prerrogativa das partes é de se submeter a uma lei por elas determinada, quando da localização do contrato.¹⁹ Enquanto para a concepção clássica (subjetivista) a lei aplicável ao contrato resultaria da escolha das partes, para a objetiva importante não seria a escolha, mas a localização do contrato.²⁰

¹⁸A manifestação da vontade pode ser expressa, tácita ou presumida. Quanto a esta última v. RANCIU, Véronique: *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, p. 32.

¹⁹Cf. ARAUJO, Nádia de, *Op. Cit.*, p. 51.

²⁰Cf. DERRUPÉ, Jean, *Droit International Privé*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1978. p. 82-83.

HENRI BATIFFOL²¹ divisou na discussão da autonomia da vontade o confronto entre duas correntes, a da plena liberdade de escolha da lei aplicável, até mesmo sem qualquer relação com o contrato ou contrária ao direito do foro e a que considera a regra de direito como um elemento primeiro e de natureza racional, para a qual a liberdade não é possível em grau absoluto, sofrendo a autonomia da vontade, dessa forma, limitações.²² A BATIFFOL é devida a formulação da concepção objetiva, para a qual o papel da vontade das partes não é o da escolha da lei, mas da localização do contrato. Prossegue o autor: esta localização tem fundamento jurídico e material; pode resultar de declaração expressa ou da “*economia da convenção*” ou de outras circunstâncias do contrato. A Corte de Cassação francesa decidiu neste sentido quando afirmou que “*les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable*”. A concepção objetiva afasta a possibilidade de escolha de uma lei que não tenha ligação com o contrato e condena o princípio do contrato sem lei.

A autonomia da vontade já se apresentara no *antiquíssimo regime*, através da *professio iuris*, quando a pessoa declarava a lei escolhida para viver; permitia-se, assim, “*certa autonomia, uma eleição da lei que diminuía as colisões*”.²³ Apresentou-se nas doutrinas

21 Adverte BATIFFOL que a liberdade das partes na designação da lei aplicável aos contratos se justifica apenas naqueles que apresentam elementos internacionais reais (cf. STRENGER, *loc. cit.* *Autonomia de Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1968, p. 148). V. BATIFFOL, Henri. *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 635 e seqs.

22 ARAÚJO, Nádia de. *Op. Cit.*, p. 48/49.

23 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos v. 1, p. 347.

estatutárias, desde os seus primórdios, no século XII, mas sofreu com a “*unidade legislativa territorial*”, iniciada com a edição do *Codex Visigothorum*, mais conhecido como *Fuero Jusgo*, no século VIII, que fez desaparecer o princípio da personalidade das leis, mas ressurgiu quando da vigência, em um mesmo território, de vários direitos, de diferentes bases.²⁴

Não se cogita de autonomia da vontade sem que se traga à colação CHARLES DUMOULIN, o qual, no século XVI, destacou que, em especial, para as matérias referentes ao fundo dos contratos e ao regime dos bens no casamento, as disposições dependem da vontade das partes (*quae pendent a voluntate partium*) que as podem alterar (*vel per eas immutare possunt*): vontade expressa na convenção ou mesmo presumida. Empréstava DUMOULIN efeitos territoriais à lei assim escolhida, inclusive se versasse sobre bens, até mesmo os imóveis.²⁵

Os únicos limites da autonomia da vontade seriam, para DUMOULIN, a ordem pública universal e a própria capacidade das partes.²⁶

Uma observação retrospectiva da autonomia da vontade leva, ainda, a CHARLES AUBRY, que afirmava a universalidade da atuação da autonomia da vontade e consagrava como seu limite um espaço composto de regras supletivas e interpretativas, circundada pela ordem pública,

24 *idem*, p. 347.

25 *idem*, p. 348.

26 RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional privado brasileiro, relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (coordenador) *Contratos Internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.

de normas imperativas e proibitivas. Não se pode, também, abstrair de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, para quem a autonomia da vontade (que denomina *submissão voluntária*) é objeto de acurada atenção, quando da formulação de sua *teoria da jurisdição especial da obrigação*, base para a determinação da lei aplicável.²⁷

ANTOINE PILLET e CHARLES NIBOYET se posicionaram contrários à autonomia da vontade, chegando este último a afirmar que ela não existe e, conseqüentemente, impossível se constituir uma teoria.²⁸

Embora haja uma maior flexibilidade na aceitação da autonomia da vontade nos países da *common law*, a escolha deve harmonizar-se com elementos de conexão existentes na estrutura do contrato (normalmente o domicílio das partes ou o local de constituição do contrato).²⁹ Entretanto, os direitos inglês e norte-americano assumem posições diversas: o inglês dá proeminência à vontade das partes, a partir de DICEY, que afirma que para se determinar a lei apropriada (*propter law*) para regular um contrato é preciso que se leve em conta aquela vontade, enquanto uma corrente minoritária busca "*the most real connection*" (WESTLAKE). Nos Estados Unidos, a doutrina e a jurisprudência evoluíram diversamente da Inglaterra: STORY entendia que o contrato para

ser executado em lugar diferente de sua conclusão, dever-se-ia admitir, segundo a vontade presuntiva, dependente, para a sua validade, a capacidade de obrigar-se a interpretação da lei do lugar onde a obrigação se cumprisse.

A jurisprudência americana variou, com decisões contrastantes, ora admitindo a lei do lugar da conclusão, ora a lei do local de execução e ora a vontade das partes, mas a tendência atual na doutrina americana é a de se inclinar para a posição de WESTLAKE, sob novas vestes. GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES, examinando o *Restatement*, confirma que a *choice of law*³⁰ não é indiscriminada, no direito americano.³¹

4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina brasileira tem cuidado da autonomia da vontade:

...há na doutrina brasileira três correntes distintas de pensamento: a primeira daqueles enfaticamente contrários à autonomia da

27 Cf. ARAÚJO, Nádia de, op. cit., p. 48.

28 Cf. STRENGER, in: *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 63. PILLET afirmava: "loi donc une première conclusion s'impose à nous. Le principe de Domicilié est légitime, mais seulement dans son application aux conflits entre lois facultatives. Au déla, quand il s'agit de lois d'un caractère obligatoire, il perd toute raison d'être et devient rationnellement compétent." (PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Paris: Pedone, 1903, p. 438.

29 GARCEZ, José María Rossari. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 99.

30 Entendida como a escolha, pelas partes, em matéria de contrato, e não em outro sentido que lhe empreste o próprio autor, de escolha efetuada pelo legislador, dentre as diversas leis que incidem sobre um mesmo fenômeno, para regular os seus efeitos (p. e., a lei de nacionalidade, para regular a capacidade). Cf. *Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 172.

31 *Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 177. Outro exemplo da possibilidade da indicação da lei aplicável, no sistema americano, encontra o autor no UCC Commercial Code, elaborado pelo The American Law Institute, com a National Conference of Commissioners on Uniform Law e adotado pelos Estados-membros, mas que não esgota todo o direito comercial (ob. e loc. citados).

vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitadas às regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e finalmente, a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla. Essas posições sempre existiram ao longo da história do DIPr e até o momento atual.³²

PIMENTA BUENO pareceu contrário ao princípio: sendo ela manifestação do livre-arbitrio das partes em regular os seus interesses como melhor lhes conviesse, admitia que essa liberdade seria apenas a de clausular; a lei aplicável não poderia ser outra senão a do lugar em que o ato se produziu ou daquele em que devesse ser executado. Adotou LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, de forma expressa e categórica, a autonomia, especialmente para os contratos internacionais, do mesmo modo que CLÓVIS BEVILÁQUA e RODRIGO OTÁVIO. De forma parcial, EDUARDO ESPINOLA (somente para as matérias reguladas por leis supletivas) e MACHADO VILLELA (favorável, no que tange às normas facultativas).³³

32 ARALJO, Nádia. op. cit., p. 104. Em nota ao pé de página, complementa: "Ainda no século XIX, enquanto Pimenta Bueno posicionava-se contrariamente a essa faculdade, Teixeira de Freitas, seguindo o pensamento de Savigny, era favorável à teoria. Clóvis Beviláqua, o autor do Código Civil e sua introdução, admitiu-a, mas de forma limitada, ou seja, somente no que diz respeito às normas supletivas. Rodrigo Otávio parece inaugurar a corrente moderada, seguido por Machado Villela, em exposição clara e detalhada sobre o tema, que dominou a doutrina de então, e que permitia a autonomia só no que diz respeito à parte supletiva dos contratos. Foram fonte de inspiração de vários autores posteriores, como, por exemplo, Espinola. Já Pontes de Miranda inaugura a corrente daqueles que são seus críticos veementes, ou seja, posicionando-se inteiramente contrário à autonomia. Seguiram-se Amílcar de Castro e outros da escola mineira. A terceira vertente foi encabeçada por Haroldo Valladão, partidário da concessão de permissão às partes para escolherem a lei aplicável. A doutrina atual mostra-se favorável ao princípio, seguindo a tendência mundial, apesar da tradição brasileira em favor da *lex loci celebrationis*".

33 *idem*, p. 82.

Em seu *Esboço*, TEIXEIRA DE FREITAS contemplou duas regras de conexão para as obrigações contratuais, a do *locus regit actum* (para a forma dos contratos) e a do *lex loci executionis* (para definição da lei aplicável aos efeitos dos contratos, entendia que deveria ser o lugar de cumprimento do contrato), tendo consagrado naquele *Esboço* o princípio da autonomia da vontade sob a forma do domicílio especial, no art. 1.965.³⁴

PONTES DE MIRANDA é incisivo na crítica da autonomia da vontade. Lembra que o

*conceito de autonomia pertence ao Direito substantivo. Se uma das partes escolheu lei estrangeira, no branco que a lei imperativa deixou, ou ela substitui a lei dispositiva a sua vontade, aproveitando-se de lei estrangeira para se exprimir, ou não exprimiu suficientemente a sua vontade e fica sujeita à regra imperativa.*³⁵

Pairando o *sobredireito* sobre tais matérias, lastima PONTES DE MIRANDA que os civilistas tenham transportado para o direito internacional privado as suas distinções de direito substancial, o que considera ser absurdo.³⁶

A edição da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, acirrou a discussão. OSCAR TENÓRIO afirma:

34 *idem*, p. 83.

35 MIRANDA, Pontes de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, p. 541.

36 *idem*, p. 541-542.

*não contém o texto vigente referência à autonomia da vontade, nem exclui o império da lei do país em que se constituíram as obrigações, para aplicar a lei brasileira, como fazia o art. 13 da revogada Introdução (1916)(...).*³⁷

HERMES MARCELO HULK entende que o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil claramente exclui o exercício da autonomia da vontade, não havendo sequer *"falar em sentido subjacente da lei, pois a mesma autonomia da vontade já foi expressamente reconhecida pelo Direito Positivo brasileiro"*.

AMÍLCAR DE CASTRO afirma que no direito não existe a suposta autonomia da vontade, mas a liberdade concedida pelo direito e por ele limitada. A liberdade das partes resume-se apenas às situações de fato, não reguladas imperativamente.³⁸ Acrescenta que o direito brasileiro será aplicado, quanto à forma e quanto ao fundo, quando as obrigações se constituírem no Brasil; se celebradas no estrangeiro e se pretenda sejam atribuídos ou negados efeitos no Brasil, *"não prevalece o famoso princípio da autonomia da vontade: as partes não podem escolher o direito que lhes aprouiver"*, insiste.³⁹ OSIRIS ROCHA considera que *"a referência à autonomia da vontade é uma impropriedade jurídica, ainda que muito divulgada"*.⁴⁰

37 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 2. p. 177.

38 CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 443-444.

39 *idem*, p. 445-447.

40 ROCHA, Osiris. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 122-140.

A conclusão de WILSON DE SOUZA BATALHA é que:

*inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A autonomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do direito reputado aplicável.*⁴¹

MARIA HELENA DINIZ é radical:

*a Lei de Introdução, no seu art. 9º, não acolhe o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão para reger contratos na seara do direito internacional privado, que deverão ser disciplinados pela lei do local onde se constituírem no que tange à forma extrínseca.*⁴²

Posição semelhante é a adotada por LUIZ OLAVO BAPTISTA, o qual entende que *"o art 9º, caput [da LICC], como norma de ordem pública, não pode ser afastada pela vontade das partes"*.⁴³

Defensor extremado da autonomia da vontade encontra-se em HAROLDO VALLADÃO. Para ele, sempre se adotou entre nós o princípio. Demonstrando a permanente consagração do instituto no Brasil, refere-se à atual lei introdutória:

41 BATALHA, Wilson de Souza. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1961. p. 180.

42 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 253-254. Indica como exceção os contratos de trabalho, por força da Convenção de Roma, de 1980, os contratos de transferência de tecnologia (pelas regras ditadas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI) e os atos relativos à economia dirigida e aos Regimes de Boisas e Mercados.

43 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 47-48.

...a nova L.I. de 1942, art. 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do foro do contrato ou de eleição no Código de Processo Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão. Foi o que decidiu logo a jurisprudência para o foro de eleição, baseado no domicílio especial, previsto no Cód. Civ. e incluído no domicílio em geral do art. 134 do Cód. Proc. Civ. São argumentos também aplicáveis ao art. 9º, uma vez que a Lei de Introdução adotara, fundamentalmente, o princípio do domicílio, e aí o domicílio especial, de eleição, do contrato. O Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 32, indica não só o juiz competente, mas, e principalmente, a lei aplicável.⁴⁴

IRINEU STRENGER, atento para o art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, cuja redação crítica, chegou à

*compreensão de que o princípio da liberdade convencional inexistente da redação da lei, de certa forma deu maior amplitude à sua aplicação, porquanto tal possibilidade fica adstrita ao preceito alienígena que, assim, não pode ser desrespeitado, salvo por imposição de ordem pública, ou algumas das restrições contidas no artigo 17 da Lei de Introdução.*⁴⁵

44 FREITAS, Teixeira. *Direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. I, p. 353-354.

45 STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1966. p. 205-206.

A visão particular dos contratos internacionais faz com que GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES pondera que, embora alguns entendam que a previsão do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não dá guarida à escolha da lei aplicável, com os quais discorda,

*a autonomia da vontade nos contratos internacionais é de tal maneira insita aos mesmos que sempre permanecerá aberta a possibilidade de as partes elegerem, expressamente, a lei ou as leis que irão reger suas relações contratuais ou mesmo de estabelecerem entre elas um inteiro sistema normativo, autocontido no contrato.*⁴⁶

Por seu turno, JACOB DOLINGER acredita que sendo o princípio da autonomia soberano e universalmente respeitado, podem as partes eleger, contratualmente, a lei aplicável, com a reserva da ordem pública.⁴⁷ Acrescenta que a opção do legislador pela aplicação da lei do lugar onde o contrato se constituiu se deve ao princípio da autonomia da vontade (há sempre uma vontade tácita de submeter o contrato à lei do local onde ele se realizou). Somente com relação aos bens, o legislador da Lei de Introdução ao Código Civil adotou a regra da *lex causae*, excetuando-os do princípio dominante, o da *lex fori*.⁴⁸

46 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 172.

47 DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: ed. do autor, 1979. p. 205.

48 *Direito Internacional Privado; Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 332.

Entende CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA que o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil consagra “em toda extensão” o princípio da autonomia da vontade, limitado, apenas, pela ordem pública e pelos bons costumes. Lembra que o princípio da autonomia da vontade é constitucional, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei.⁴⁹

Ao comentar a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, ESPINOLA e ESPINOLA FILHO dizem que o seu art. 9º, quando determina a qualificação e o regulamento das obrigações, não excluiu a manifestação de vontade dos contratantes, mas apenas “há de restringir-se àquilo que é possível deixar-lhe, livremente”.⁵⁰

Se farta é a doutrina, escassa a jurisprudência sobre a aplicação dos arts. 13 (LICC de 1916) e 9º (LICC de 1942), afirmando-se mesmo que “a questão da autonomia da vontade jamais foi enfrentada diretamente pelos poucos casos encontrados sobre contratos internacionais”.⁵¹

5. AS LEGISLAÇÕES MODERNAS

As legislações mais modernas têm consagrado a autonomia da vontade, a exemplo na nova lei que regula o direito internacional privado na Alemanha, que subordina o contrato ao direito eleito pelas partes (admitindo a *dépeçage*),⁵² escolha que, mesmo não expressa, emane das condições do

49 SILVA, Clóvis V. do Couto. *Do juízo arbitral no direito brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 98 (139-150), abr./mai. 1988, p. 141.

50 ESPINOLA, Espinola Filho. *A Lei de introdução do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. 2, p. 419.

51 ARAÚJO, Nádia de, op. cit., p. 108/109.

52 Pela *dépeçage*, é possível cogitar-se que partes de um só contrato internacional sejam submetidas a regras de distintos sistemas jurídicos. *Dépeçage* ou fracionamento é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição jurídica é dividida em partes, as quais poderão ser submetidas a leis diferentes.

contrato ou das circunstâncias do caso. O Código Civil peruano, de 1984 (artigo 2.095) estipula que a lei aplicável será a escolhida pelas partes. Na ausência de escolha, ou em seu defeito, será aplicável a lei do lugar do cumprimento da obrigação. Acaso as obrigações devam acontecer em países distintos, a lei de regência será a do cumprimento da obrigação principal e, se não determinada tal obrigação, a lei do local de celebração. A reforma do sistema italiano de direito internacional privado manifesta tendência atualíssima, ao remeter às convenções internacionais, em particular à Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de Roma, 1980, que contempla a autonomia da vontade (Lei nº 218, de 31 de maio de 1995, art. 57). O sistema suíço se assemelha às previsões alemãs, apresentando-se mais detalhista no que tange à indicação da lei aplicável quando na ausência ou defeito da escolha; remetendo à lei da prestação mais característica, particulariza tipos contratuais e ressalta a salvaguarda do direito de terceiros (Lei Federal sobre Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987, arts. 116 e 117).

Diversas são as convenções internacionais que versam sobre a autonomia da vontade para a regulamentação das obrigações contratuais, considerada como um princípio geral de direito (para POMMIER, regra de conflito universal, que responde aos objetos de uma justiça de direito internacional privado, aceita por todos os Estados).⁵³

53 ARAÚJO, Nádia de, op. cit., p. 118.

O princípio geral, para as convenções modernas e as legislações vanguardistas é o da liberdade de eleição, de forma expressa ou resultante das estipulações contratuais e até mesmo do comportamento das partes.⁵⁴ Servem de exemplos: 1) a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Bens Móveis (Haia, 1955) afirma que a compra e venda se rege pela lei interna designada pelas partes, contemplando como única exceção à autonomia da vontade a infração à ordem pública; 2) a Convenção da UNCITRAL sobre Compra e Venda Internacional, de 1974, que consagrou tanto a autonomia da vontade a ponto de admitir ter a sua incidência por ela afastada; 3) a Convenção para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980) protege a liberdade e o acordo entre as partes (até mesmo para a recusa de se submeter à própria convenção); permitiu o mais amplo exercício da autonomia da vontade para os contratos cujas partes tenham o seu estabelecimento em Estados diversos ou quando as regras de direito internacional privado de um deles o determinar, embora tenha excluído do seu campo de aplicação alguns contratos específicos, entre os quais os de leilão, de valores mobiliários, de barcos e aeronaves e os contratos de consumo; prestigia a convenção os usos e costumes dos contratantes; e 4) a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980) substituiu as regras internas que regulavam a lei aplicável aos contratos

54 Cf. SIQUEIROS, José Luis. *Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional*. In: BAPTISTA, Luiz Otávio HUCK, Hermes Marcelo e CASELLA, Paulo Borba (coordenadores). *Op. Cit.*, p. 256-257.

internacionais em cada um dos Estados contratantes, sendo aplicável aos contratos realizados nos países signatários e naqueles em que a regra de conexão aplicável a um contrato internacional indique a lei de um dos mesmos signatários como sendo a lei aplicável à espécie; a autonomia da vontade tem por objeto determinar a lei aplicável e não somente localizar o contrato;

*assim, essa é uma escolha de DIPr, pois o direito escolhido vai regê-lo. Por isso, também não se pode falar de escolha de uma lei não estatal, como regras de **lex mercatoria** ou os Princípios do UNIDROIT.*

Consagra como formas para a determinação da lei aplicável: a liberdade das partes em escolher a lei aplicável e o princípio da lei mais proximamente conectada com o contrato quando as partes não tiverem efetuado a escolha da lei aplicável. Como limitação à liberdade de escolha, erige a ordem pública e as regras de foro de caráter impeditivo da aplicação da norma escolhida pelas partes e permite que se considerem regras imperativas de um terceiro país com o qual a transação possua uma conexão próxima e protege a parte mais fraca em contratos especiais como os de consumo e os de trabalho.

Na América Latina, podem ser destacadas as seguintes codificações: 1) o Tratado de Lima (1878) cuida dos contratos internacionais e adota o princípio do local de celebração para os celebrados fora do país; 2) o Tratado de Montevidéu (1889/1890 - 1939/1940) inadmitiu a autonomia da vontade, mas consagrou a liberdade das partes em escolher

o local de execução (garantindo, de forma indireta, a aplicação da lei escolhida); 3) a Convenção de Havana, 1928, que aprovou o Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), incorporado ao sistema jurídico brasileiro, consagra a autonomia da vontade, mas a ela estabelece restrições, por dispositivos que determinam, imperativamente, a lei competente; e 4) a Conferência Interamericana Especializada Sobre o Direito Internacional Privado – CIDIP-V (Convenção Sobre Contratação Internacional), do México (1994), firmada pelo Brasil, contemplou a autonomia da vontade, quase da mesma forma que a estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando, inclusive, o *dépeçage* voluntário, a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior e a admissão da escolha tácita, quando evidente; limita a autonomia da vontade à contrariedade a normas imperativas e à ordem pública.

É de se destacar o papel do UNIDROIT que — embora sem caráter cogente — estabeleceu os *Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais*, alguns adotados pelo Brasil, em sua Lei de Arbitragem. O artigo 2º dos *Princípios* permitiu expressamente a desnacionalização da lei aplicável, o que poderá acarretar a popularização, entre nós, dos *Princípios*, que poderão se constituir numa alternativa válida, especialmente nos contratos de longa duração, em que a ausência de definição para a cláusula *hardship*⁵⁵ faz falta no ordenamento jurídico brasileiro.

55 "A cláusula de *hardship* é uma cláusula de flexibilização, que permite às partes renegociar algumas partes do contrato que as liga, se tiver ocorrido uma modificação expressiva nas condições contratuais, causando o desequilíbrio desse contrato, a ponto de criar, para uma das partes rigor (*hardship*) injusto. Provoca a renegociação do contrato desde que a modificação visada (e quase sempre definida dentro da cláusula) se produziu." (ARAÚJO, Nádia de. *ob. cit.*, nota da p. 136). Sobre a cláusula *hardship*, v. MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Adversitas, 2000.

A observação das normas colacionadas (internas e internacionais) demonstra que a autonomia da vontade não é de ser exercida indiscriminadamente, remetendo a uma lei sem qualquer ligação com a relação obrigacional. Isso se deduz quando, p. e., o Código Civil peruano afirma que o contrato será regido pela lei do lugar de cumprimento da obrigação, caso haja defeito do exercício da autonomia.⁵⁶ Ou quando a Convenção de Roma, de 1980, estipula que, na ausência de escolha, o contrato será regido pela lei mais proximamente conectada com o contrato.⁵⁷

Ou seja, mesmo admitindo o exercício da autonomia da vontade, há uma preocupação dos legisladores em não perder a referência a aspectos da relação negocial, para a indicação da lei aplicável, a qual deve ser apurada pela "*conduta das partes e das cláusulas contratuais consideradas em seu conjunto*".⁵⁸ A indicação da lei aplicável há de corresponder ao *centro de gravidade* da relação negocial, ou seja, a que tenha "*the most significant relationship to the transaction and the parties*".⁵⁹

Para o estabelecimento do *centro de gravidade* pode-se louvar, por exemplo, nas previsões da Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980), antes indicadas ou nas indicações do *Restatement*.⁶⁰

56 Art. 2.055, parte inicial.

57 Artigo 2.

58 CIDIP V, art. 7º.

59 (1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local of the State, which, with respect to the issue, has the most significant to the transaction and the parties under the principles stated in § 6º." (Transcrição colhida de SCARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 174).

60 (1) o lugar da assinatura do contrato; (2) o lugar de negociação do contrato; (3) o lugar de execução; (4) a localização do objeto do contrato; (5) o domicílio, residência, nacionalidade, lugar de constituição e lugar dos negócios das partes" Consoante SCARES, Guido Fernando Silva: à vista no § 6º do *Restatement Second Conflicts of Law* "(Common Law: introdução ao Direito dos EUA). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 174-175).

6. DE LEGE FERENDA

Há que se registrar projeto de lei, de iniciativa do Poder Executivo, que tramita no Congresso Nacional, dispondo sobre a aplicação das normas jurídicas e revogador da atual Lei de Introdução ao Código Civil.⁶¹ A proposta normativa retoma a previsão expressa da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável às obrigações contratuais. Consagra o projeto:

Art. 11. Obrigações Contratuais — As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros. § 1º. Caso não tenha havido escolha ou a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. § 2º. Se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se em caráter excepcional. § 3º. A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha vinculação com o ato ou contrato. § 4º. Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, serão

*registrados no Brasil, desde que atendidos os requisitos de forma estabelecidos no parágrafo anterior.*⁶²

Transformando-se em lei o projeto, cessará a discussão doutrinária, preponderando a posição de HAROLDO VALLADÃO, que representa a tendência das ordens jurídicas mais modernas, expressamente consagrando princípio soberano e universalmente respeitado.⁶³

A escolha da lei aplicável poderá, então, até mesmo ser tácita e se revestir de caráter mutante (se desejarem, as partes poderão promover a sua modificação, desde que resguardados o interesse de terceiros). A escolha — independentemente da atenção à inarredável obediência ao princípio da ordem pública — entretanto, não poderá

⁶² Um anteprojeto, de 1964, de autoria de HAROLDO VALLADÃO, que ele denominou de "Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas", de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, consagrava a autonomia da vontade nos seguintes termos: "Art. 50. A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração de vontade se regem, salvo estipulação em contrário, segundo a lei do lugar em que forem contraídas. § 1º. A estipulação em favor de outra lei deverá ser expressa e não terá eficácia se constituir abuso de direito (artigo 11) ou ofender a ordem pública (artigos 12 e 79). § 2º. Presumem-se, todavia, contraídas segundo a lei brasileira, as obrigações constituídas entre brasileiros no estrangeiro. § 3º. Regem-se segundo a lei brasileira os contratos realizados nos Consúladados no Brasil no estrangeiro (art. 30). § 4º. Ocorrendo conflitos de lei sobre a conceituação do lugar do contrato, aplica-se a lei brasileira se esta o localizar no Brasil; se o conflito for entre leis estrangeiras, aplicam-se, subsidiariamente, as leis da residência habitual, do domicílio ou da nacionalidade dos declarantes ou comum dos contratantes, e, na falta, as do lugar de execução; permanecendo a dúvida, regem as leis mais favoráveis à plenitude da intenção dos interessados. § 5º. Na impossibilidade de localizar o contrato no Brasil ou no estrangeiro, aplicam-se as leis subsidiariamente previstas no parágrafo anterior. § 6º. Sujeitam-se à lei do lugar da situação dos bens imóveis os contratos a eles relativos. Art. 51. Regem-se segundo a lei brasileira os contratos executáveis no Brasil. Art. 52. Todas as modalidades, de execução das obrigações, inclusive a moeda de pagamento, regem-se segundo a lei do lugar da respectiva execução."

⁶³ DOLLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: ed. autor, 1979.

61 BRASIL. Projeto de Lei no 4.905, de 1985.

recair em qualquer sistema jurídico, sem vínculo com a relação contratual. Isso se deduz quando da ausência do exercício da autonomia da vontade ou de sua ineficácia, o contrato é de ser regido “pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos” (§ 1º).

A preocupação restará em se definir quais os *vínculos mais estreitos*, o *centro de gravidade* da relação contratual; mas, para tanto há referências que podem ser consideradas, na legislação estrangeira (p. e., a lei federal sobre direito internacional suíço), nas regras do *Restatement* americano e nas convenções internacionais (Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais — Roma, 1980).

Obviamente, não se poderá olvidar a inafastável obediência ao princípio de ordem pública, contemplado universalmente.

O lugar de celebração então, que atualmente, alguns entendem como absoluto, ficará reservado, tão-somente, à “*forma dos atos e contratos*”, desde que a autonomia da vontade não determine “*a adoção de outra forma aceita em direito, que tenha alguma vinculação com o ato ou contrato*” (§ 3º).

AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Blanche Maymone Pontes Matos

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda (FADO/AESO) – Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO - DELIMITAÇÃO DO TRABALHO. 2. ORIGENS DO FACTORING. 3. O FACTORING NO BRASIL - EMBASAMENTO LEGAL E OPERACIONAL. 4. CONCEITO DE FACTORING - CONJUGAÇÃO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL E SERVIÇOS DE SUPORTE EMPRESARIAL. 5. NATUREZA JURÍDICA - DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O CONTRATO DE FACTORING, O CONTRATO BANCÁRIO DE DESCONTO DE DUPLICATAS E O CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO. 6. OPERACIONALIDADE DO FACTORING. 7. O CONCEITO RESTRITO DE FACTORING - AÇÕES JUDICIAIS PARA A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO NEGOCIADO. 8. CONCLUSÃO - PRÓS E CONTRAS DO PRETENDIDO DIREITO DE REGRESSO CONTRA AS EMPRESAS FATURIZADAS. 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO - DELIMITAÇÃO DO TRABALHO

Visto desde suas origens como um meio de facilitar e incrementar as relações mercantis, o instituto do factoring é, atualmente, a par da ausência legislativa de tipificação específica, fartamente utilizado no comércio, como um estímulo às pequenas e médias empresas, ora apresentando, como devido, suas modernas características de prestação de serviços e compra de créditos, ora tendo-as desvirtuadas, ocorrendo uma verdadeira transformação do factoring para o contrato de empréstimo, este último atividade privativa das instituições bancárias.

Este trabalho tem por objetivo a análise de alguns aspectos do contrato de factoring, passando por suas raízes históricas, pelo seu embasamento legal e operacional no Brasil e pelos vários conceitos doutrinários (amplos e restritos). Cuida, objetivamente, da atividade das empresas de factoring que mais gera conflitos, que é a aquisição de créditos, quer pela sua proximidade com outros institutos semelhantes, quer pela maior proliferação de ações judiciais visando à exigibilidade do crédito, para, ao final, evidenciar quais os problemas advindos de sua não-regulamentação específica.

2. ORIGENS DO FACTORING

O factoring é um instrumento milenar de fomento comercial. Alguns autores remontam suas origens aos fenícios, que, como é sabido, dominavam o comércio no Mediterrâneo, procurando, já por volta de 1200 a. C., reduzir os riscos das operações de crédito, com a presença de seus agentes no mercado de destino, bem como ampliar suas relações comerciais.

Esses comerciantes celebravam, como afirma Fran Martins¹, um contrato de agenciamento com aqueles agentes, para a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade. Com o tempo, esses agentes passaram a encarregar-se da cobrança das vendas feitas pelos comerciantes, adiantando-lhes o valor das faturas, correndo o risco do não pagamento por parte dos compradores. Daí surgiu a atividade restrita do factoring, qual seja, a compra de direitos creditícios.

1 MARTINS, Fran. *Contratos e obrigação comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 560.

Posteriormente, os romanos, ao conquistarem a área do comércio do Mediterrâneo, aumentaram as atribuições desses agentes (*factors*), que passaram a realizar a atividade de consultores de negócio, prestando, inclusive, informações creditícias sobre outros comerciantes, surgindo, daí, a gênese de outra atividade do contrato de factoring: a consultoria mercantil.

A difusão do factoring e de suas modalidades próprias acima citadas se deu no auge da colonização europeia na América, com os empresários ingleses das indústrias têxteis, os quais se utilizavam de seus agentes para transportar e vender seus produtos nos Estados Unidos. Ali, conforme ensina Luiz Lemos Leite², os *factors* não apenas administravam os estoques de produtos para os seus proprietários na Europa e os vendiam, mas também garantiam o pagamento como agentes *del credere*. Com o tempo, os *factors* passaram a pagar à vista aos comerciantes pelo valor das vendas dos seus produtos, antes mesmo de os compradores fazê-lo, agregando aqueles, como ainda observa o supracitado especialista, “a função de fornecedor de recursos”³.

As origens históricas do factoring demonstram que esse contrato significa fomento mercantil porque estimula a obtenção de ativos das empresas clientes, incrementando suas vendas e diminuindo-lhes os riscos advindos do crédito, tudo isso presente numa ampla atividade de compra de créditos e prestação de serviços.

2 LEITE, Luiz Lemos Leite. *Factoring no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, [s.d] p. 20-21.

3 *Ibidem*, p. 21.

3. O FACTORING NO BRASIL – EMBASAMENTO LEGAL E OPERACIONAL

Segundo Ives Gandra da Silva Martins⁴, os pressupostos do factoring estão definidos na Convenção de Ottawa, de maio de 1988, patrocinada pelo governo do Canadá, sendo o Brasil um dos países signatários desse acordo internacional.

Daqueles pressupostos conclui-se, dentre outras coisas, tratar-se o factoring de uma operação complexa, composta de vários serviços, de forma que somente um contrato que inclua a realização de, no mínimo, dois desses serviços, executados em bases contínuas, pode ser considerado factoring: ou a prestação de serviços de assessoria creditícia, ou prestação de serviços de assessoria mercadológica, ou gestão de crédito, ou seleção de crédito, ou assunção de riscos, ou acompanhamento de contas a receber e a pagar, conjugada com a compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis ou de prestação de serviços de suas empresas-clientes realizadas a prazo.

No Brasil, o factoring foi lançado em 11 de fevereiro de 1982, com a criação da ANFAC – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FACTORING, entidade civil, sem fins lucrativos, de caráter privado e de âmbito internacional, que tem por objetivo divulgar os verdadeiros conceitos do factoring, como mecanismo sócioeconômico de apoio gerencial, sobretudo, às empresas de porte médio e pequeno, bem como prestar assistência às sociedades de fomento mercantil filiadas.⁵ Essa entidade, precursora do factoring no Brasil, através do seu presidente, Luiz Lemos Leite, traz a base legal do factoring no país:

4 REVISTA JURÍDICA Porto Alegre, Síntese, n. 240, out. 1997, p. 5-6.
5 www.anfac.com.br-histórico acesso em 22 fev. 2002.

- a) a circular BC 1.359/88, pela qual a Diretoria do Banco Central reconheceu ser o factoring atividade mercantil mista atípica, mediante o compromisso assumido pela ANFAC de não fazer qualquer tipo de intermediação de recursos de terceiros no mercado, de comprar efetivamente créditos mercantis e de só operar com pessoas jurídicas.
- b) a Lei n. 8.981/95, ratificada pela Resolução n. 2.144, do Conselho Monetário Nacional, e as Leis n. 9.249/95 e 9.430/96, em que foi definitivamente reconhecida a tipicidade jurídica própria do instituto e nitidamente delimitada a área de atuação da sociedade de factoring, que não pode ser confundida com as das instituições financeiras.

Ainda segundo aquela mesma instituição, o suporte operacional do factoring no Brasil é encontrado:

- a) no artigo 1.216 do Código Civil, que cuida da prestação de serviços.
- b) nos artigos 191 a 220 do Código Comercial, que trata das vendas mercantis, subsidiados pelos artigos 1.065 a 1.078 do Código Civil, relativos à cessão de crédito.
- c) no Decreto 57.663/66, sobre o título de crédito (Convenção de Genebra).
- d) na Lei n. 5.474/68, referente a vendas mercantis.
- e) no Ato Declaratório n. 51, de 28 de abril de 1994, da Receita Federal, cuja finalidade foi descaracterizar a natureza financeira da operação de compra de créditos (direitos) resultantes de vendas mercantis realizadas pela sociedade de fomento mercantil, reconhecendo tratar-se de operação puramente comercial, que tem fulcro nos artigos 191 a 220 do Código Comercial, como já foi dito.

Como se vê, o factoring é uma atividade cujos fundamentos estão regidos, basicamente, pelos princípios do direito mercantil. Consoante o entendimento de Arnaldo Rizzardo, o **factoring**

(...) encontra amparo no art. 192 do Código Comercial que preceitua 'Ainda que a compra e venda deva recair sobre coisa existente e certa, é lícito comprar coisas incertas, como, por exemplo, lucros futuros',⁶

Em sendo, a sociedade de factoring, uma empresa mercantil, sua atividade poderá ser desenvolvida por pessoas físicas ou jurídicas, desde que se constituam em sociedade (por *cotas* de responsabilidade limitada ou anônima) ou por firma individual, devendo, pois, serem aquilados os correspondentes atos constitutivos, no Registro de Comércio, a cargo da Junta Comercial. Outras providências a serem tomadas são inscrição na Receita Federal e na Secretaria da Fazenda Estadual e a obtenção de alvará de funcionamento junto à Prefeitura Municipal. Não se exige nenhuma providência junto ao Banco Central, posto que tais sociedades não integram o Sistema Financeiro Nacional, como adiante se verá.

Ainda em relação à regulamentação do factoring no Brasil, observa-se que, apesar de encontrar respaldo jurídico e operacional em várias leis e atos normativos, o factoring é considerado pelos juristas um contrato atípico, porquanto ainda não regulamentado, diretamente, por lei específica.

Isso é verdadeiro. O conceito de factoring está disposto na Resolução do Banco Central n. 2144, de 22 de fevereiro de 1995, como sendo:

6 RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring* 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de créditos, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Também a Lei n. 9.249/95 delimita, apenas, o seu âmbito de atuação, conforme se observa da alínea "d", do inciso III, do parágrafo 1º, do seu art. 15.

Mas não há, na verdade, ainda, uma lei própria que especifique o contrato de factoring e suas características. Encontra-se tramitando no Senado o Projeto de Lei n. 230, de autoria do Senador José Fogaça, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil – factoring. A situação atual do referido processo (em 21.02.02, data da feitura deste artigo) é a de que o mesmo se encontra com a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para emissão de relatório⁷. É uma esperança dos especialistas e das sociedades que atuam seriamente na área de que os conceitos vagos, imprecisos e incorretos acerca dessa atividade e de sua operacionalização sejam bem fixados, evitando-se, inclusive, a sua comparação com a agiotagem.

4. CONCEITO DE FACTORING – CONJUGAÇÃO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL E SERVIÇOS DE SUPORTE EMPRESARIAL

A palavra factoring, cuja tradução literal seria fazendo, agindo, tem origem inglesa. Arnaldo Rizzardo⁸, por sua vez, aduz que a palavra tem origem latina, proveniente do verbo *facere* (fazer).

7 www.senado.gov.br. Acesso em 21 fev. 2002.

8 RIZZARDO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 15.

Dentre os termos utilizados como sinônimos da palavra factoring, temos o proposto por Fábio K. Comparato⁹, qual seja, faturização, que vem sendo adotado largamente pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, Arnaldo Rizzardo e Luiz Lemos Leite criticam tal expressão, preferindo o termo fomento mercantil, uma vez que ela reduz a atividade de factoring apenas ao trabalho com faturas de venda mercantil, quando, na realidade, sua atuação é bem mais ampla.

De fato, para o Presidente da ANFAC, factoring é uma atividade comercial mista atípica, compreendendo serviços e compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis não necessariamente através de faturas (duplicatas). É, segundo ele, fomento mercantil, porque expande os ativos das empresas clientes, aumentando-lhes as vendas e diminuindo-lhes as dívidas, uma vez que presta, ao mesmo tempo e continuamente, serviços de assessoria mercadológica, creditícia, de gestão de crédito, e outros, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo.¹⁰

O conceito apresentado por Luiz Lemos Leite é o conceito mais amplo e moderno de factoring. É encampado por alguns doutrinadores, entre eles Ives Gandra da Silva Martins, para quem a operação de factoring não pode ser entendida como uma simples transferência de créditos, sob pena de se burlar as normas de direito bancário e comercial. No entanto, vários outros doutrinadores, ao conceituar o factoring, o fazem no seu sentido tradicional, de uma simples compra e venda de créditos. Senão, vejamos:

9. COMPARATO, Fábio K. Factoring. *Revista de Direito Mercantil*, m. 6, 1972.

10. Informativo Factoring, de março/94.

Arnaldo Rizzardo conceitua factoring como a "relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação."¹¹

Orlando Gomes afirma que factoring "é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro vários créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo, este, o risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão pelo cedente."¹²

Waldirio Bulgarelli entende o factoring como uma venda do faturamento de uma empresa a outra, que se incumbem de cobrá-lo, recebendo em pagamento uma comissão e cobrando juros quando antecipa recursos por conta dos recebimentos a serem feitos. Do mesmo modo entende Fran Martins, asseverando que factoring ou faturização

*é o contrato em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.*¹³

Caio Mário da Silva Pereira segue a mesma linha de raciocínio:

*Pelo factoring ou faturização, uma pessoa (factor ou faturizador) recebe de outra (faturizado) a cessão de créditos oriundos de operações de compra e venda e outras de natureza comercial, assumindo o risco de sua liquidação.*¹⁴

11. RIZZARDO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 11.

12. GOMES, Orlando apud RIZZARDO, Arnaldo, *op. cit.*, p. 469.

13. MARTINS, Fran, *op. cit.*, p. 469.

14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito brasileiro. *RF*, n. 281, p. 12.

Maria Helena Diniz, da mesma forma, enfatiza que o contrato de factoring é

*"aquele em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração; ou consiste no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos."*¹⁵

Mesmo sabendo-se que a compra e venda de créditos é a atividade que mais se destaca, na prática, nos contratos de factoring, em virtude do seu conceito tradicional, mas, por outro lado, atentando-se para o esforço e a seriedade das sociedades especializadas em firmar o seu conceito amplo, pode-se dizer, sem pretensão de ineditismo, que o factoring é o contrato bilateral no qual uma empresa mercantil, ao mesmo tempo em que presta amplos serviços de suporte empresarial a outra, fornece os recursos necessários ao giro de capital desta, através da compra à vista de seus créditos, deduzindo de tal valor uma remuneração pela assunção do risco (álea) referente ao não recebimento dos títulos.

5. NATUREZA JURÍDICA – DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O CONTRATO DE FACTORING, O CONTRATO BANCÁRIO DE DESCONTO DE DUPLICATAS E O CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO

Ante a ausência de lei específica, torna-se bastante difícil vislumbrar a natureza jurídica do contrato de factoring. Observando-se as semelhanças e evidenciando-

15 DINIZ, Maria Helena apud HEIM, James Gallinati. Aspectos relevantes do contrato de factoring para as atividades de comércio internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 36, p.41.

se as diferenças entre o factoring, contrato de desconto bancário e o de cessão de créditos, chega-se à conclusão de que o factoring é um contrato (bilateral, consensual, oneroso, *intuitu personae* e aleatório) que, apesar de envolver o fornecimento de recursos através da compra à vista de créditos, não se enquadra no âmbito dos contratos financeiros, sendo, tipicamente, um contrato mercantil. Isso se percebe porque a natureza do contrato financeiro é a de captar e emprestar dinheiro ou fazer intermediações no mercado, o que não se coaduna com a atividade realizada através do contrato de factoring, que não é a de emprestar dinheiro.

Dai ser necessário, então, fixar as semelhanças e diferenças existentes entre o contrato de factoring e as figuras a ele mais aproximadas: o contrato de cessão de créditos e o contrato de desconto bancário de duplicatas.

Realmente, como se depreende dos vários conceitos tradicionais do factoring, já expostos, o instituto jurídico que lhe é mais assemelhado, sem sombra de dúvida, é a cessão de créditos. É ponto central da atividade de fomento mercantil, ou, como diz Carlos Alberto Ghersi "la cesión de crédito es la espina dorsal de la construcción técnica del factoring"¹⁶

A cessão de crédito está prevista no art. 1.065 do Código Civil: "O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor".

No direito civil, a cessão de crédito pode ser gratuita ou onerosa, a teor do art. 1.073 do referido diploma legal:

16 GHERSI, Carlos Alberto apud RIZZARDO, Arnaldo, op.cit.

Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do direito ao tempo em que se lho cedeu. No mesmo diploma legal encontramos a regra de inadmissão do direito de regresso, conforme dispõe o art. 1.074: Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Nesses dois últimos artigos encontramos a grande afinidade da cessão de crédito com o instituto analisado.

Todavia, as semelhanças existentes não autorizam a confusão entre os dois tipos contratuais. Isso porque o factoring é um *plus* em relação à cessão de crédito onerosa. O factoring não comporta apenas a cessão de títulos de crédito, mas uma infinidade de serviços de gestão empresarial, como administração das contas da empresa, assessoria na seleção dos riscos até a venda final dos produtos, cobrança de títulos, só para citar alguns exemplos.

Parte da doutrina entende haver semelhanças entre o contrato de desconto bancário de títulos e o factoring, alegando que o fundamento de ambos é o mesmo: a cessão de créditos e o recebimento do valor neles expresso, diminuída a comissão. Alguns entendem, ainda, influenciados pela doutrina comparada, sobretudo francesa, que o factoring é uma técnica financeira, aproximando-se, pois, daquele tipo de operação bancária. Aqui cabe algumas considerações.

O desconto bancário de títulos é o contrato pelo qual uma pessoa recebe do banco determinada importância, transferindo-lhe um título de crédito ainda não vencido de

emissão própria ou de terceiro, responsabilizando-se pela sua solvência. Não resgatado o título pelo emitente, o endossante responde pelo pagamento perante o endossatário (banco).

Já no factoring, quando o título é vendido ou comercializado, cessa toda e qualquer responsabilidade do faturizado, desde que existente o crédito quando da transação, inexistindo, pois, o direito de regresso. Note-se, então, que, a partir da aquisição do título pelo faturizador (empresa de factoring), assume este a legitimação para acionar o terceiro devedor do título, o qual passa a dever ao faturizador, e não ao possuidor originário (faturizado).

Assim, a grande diferença existente entre o contrato de factoring e o desconto bancário é o direito de regresso, inexistente no primeiro e presente no segundo.

Mas não é só isso. Como nos lembra Ives Gandra da Silva Martins¹⁷, na operação financeira de desconto bancário, os títulos não são adquiridos, mas depositados, para garantir a dívida e pagá-la à medida que são adimplidos, sendo o direito de regresso a própria razão do depósito, fundamento do direito bancário. Há, ali, atividade tipicamente financeira, de captar e emprestar dinheiro no mercado.

Na operação de factoring, diferentemente, há realmente a aquisição dos ativos financeiros e também dos riscos relativos ao inadimplemento. É por isso que a comissão, no factoring, é muito maior que no desconto bancário, porque naquele os riscos do negócio são todos transferidos ao adquirente dos títulos, salvo no tocante aos vícios existentes quando da transferência.

17 MARTINS, Ives Gandra da Silva, *op. cit.*, nota 4.

Ademais, a operação de desconto bancário resume-se na entrega de títulos ao banco em troca do depósito dos seus valores, descontada a remuneração. O factoring, como já foi muitas vezes dito e repetido, engloba uma série de outras atividades.

6. OPERACIONALIDADE DO FACTORING

A operacionalidade do factoring é complexa, iniciando-se com a prestação de serviços variados e completando-se com a compra de créditos advindos das vendas mercantis a prazo, efetivadas pelas empresas clientes.

A doutrina não é unânime em identificar os sujeitos dessa relação contratual. Alguns doutrinadores, dentre eles Arnaldo Rizzardo, entendem que o devedor (sacado), emite o título referente à compra a prazo, em favor da empresa cliente (faturizada); é estranho ao contrato de factoring, porque não dá o seu consentimento para a efetivação da avença, pressuposto para sua formação. Outros afirmam que, apesar de o devedor não fazer parte imediatamente da relação de factoring, há a faculdade das partes de envolvê-lo, nas exceções em que é cabível o direito de regresso.

Mesmo que não se considere o devedor como sujeito do contrato de factoring, e levando-se em consideração que esse compreende a cessão de créditos, é de se ressaltar ele, devedor, deve ser notificado da referida cessão, sob pena de, quanto a ele, não surtir efeitos. É que a notificação visa principalmente a levar ao conhecimento do devedor que seu débito deverá ser pago não ao credor primitivo,

mas à empresa de factoring. Não se efetuando a notificação, se o devedor continuar pagando seu débito ao credor primitivo, tais pagamentos serão imputados válidos.

De outra parte, resta pacífico que a operação de factoring envolve dois sujeitos, o faturizado e o faturizador.

O faturizado é, necessariamente, um comerciante, que contrata a empresa de factoring para que essa, em troca de uma comissão, lhe forneça apoio empresarial e, recebendo seus ativos financeiros, encarregue-se de sua administração, cobrança e contabilização.

O faturizador, também do ramo comercial, é o titular da empresa de factoring, que presta serviços às empresas clientes (faturizadas), dos mais abrangentes, e compra seus créditos.

Há uma tendência, na prática, em se confundir a empresa de factoring com os bancos.

A ANFAC, através do seu presidente Luiz Lemos Leite, demonstra claramente as diferenças entre as instituições financeiras (bancos) e as empresas de factoring:

(...) Consagrando o princípio de que banco capta e empresta dinheiro e a companhia de factoring presta serviços e compra direitos, não resta dúvida de que estão demarcadas as fronteiras de atuação destas duas instituições:

- instituições financeiras emprestam dinheiro que é antecipado ou adiantado. Há retorno (direito de regresso). O pagamento pelo uso do dinheiro é feito pela cobrança de juros de seus clientes;

Ademais, a operação de desconto bancário resume-se na entrega de títulos ao banco em troca do depósito dos seus valores, descontada a remuneração. O factoring, como já foi muitas vezes dito e repetido, engloba uma série de outras atividades.

6. OPERACIONALIDADE DO FACTORING

A operacionalidade do factoring é complexa, iniciando-se com a prestação de serviços variados e completando-se com a compra de créditos advindos das vendas mercantis a prazo, efetivadas pelas empresas clientes.

A doutrina não é unânime em identificar os sujeitos dessa relação contratual. Alguns doutrinadores, dentre eles Arnaldo Rizzardo, entendem que o devedor (sacado), emite o título referente à compra a prazo, em favor da empresa cliente (faturizada); é estranho ao contrato de factoring, porque não dá o seu consentimento para a efetivação da avença, pressuposto para sua formação. Outros afirmam que, apesar de o devedor não fazer parte imediatamente da relação de factoring, há a faculdade das partes de envolvê-lo, nas exceções em que é cabível o direito de regresso.

Mesmo que não se considere o devedor como sujeito do contrato de factoring, e levando-se em consideração que esse compreende a cessão de créditos, é de se ressaltar ele, devedor, deve ser notificado da referida cessão, sob pena de, quanto a ele, não surtir efeitos. É que a notificação visa principalmente a levar ao conhecimento do devedor que seu débito deverá ser pago não ao credor primitivo,

mas à empresa de factoring. Não se efetuando a notificação, se o devedor continuar pagando seu débito ao credor primitivo, tais pagamentos serão imputados válidos.

De outra parte, resta pacífico que a operação de factoring envolve dois sujeitos, o faturizado e o faturizador.

O faturizado é, necessariamente, um comerciante, que contrata a empresa de factoring para que essa, em troca de uma comissão, lhe forneça apoio empresarial e, recebendo seus ativos financeiros, encarregue-se de sua administração, cobrança e contabilização.

O faturizador, também do ramo comercial, é o titular da empresa de factoring, que presta serviços às empresas clientes (faturizadas), dos mais abrangentes, e compra seus créditos.

Há uma tendência, na prática, em se confundir a empresa de factoring com os bancos.

A ANFAC, através do seu presidente Luiz Lemos Leite, demonstra claramente as diferenças entre as instituições financeiras (bancos) e as empresas de factoring:

(...) Consagrando o princípio de que banco capta e empresta dinheiro e a companhia de factoring presta serviços e compra direitos, não resta dúvida de que estão demarcadas as fronteiras de atuação destas duas instituições:

- instituições financeiras emprestam dinheiro que é antecipado ou adiantado. Há retorno (direito de regresso). O pagamento pelo uso do dinheiro é feito pela cobrança de juros de seus clientes;

- empresa de factoring faz compra definitiva de ativos representados por títulos de crédito a receber (duplicatas, etc.) a preço certo. Há assunção de riscos. Não há retorno (sem direito de regresso);
- instituições financeiras vendem serviços creditícios ou não, cobrando à parte por estes serviços;
- é fundamental à empresa de factoring colocar à disposição do cliente uma gama de serviços não creditícios com remuneração já incluída na formação do preço de compra de ativos. Somos parceiros do nosso cliente;
- instituições financeiras necessitam de um expressivo multiplicador de clientes para utilizar suas pesadas estruturas de apoio e instalações; e
- a empresa de factoring opera com poucos clientes dada a natureza de sua atividade: ágil e flexível.¹⁸

Do que foi exposto, conclui-se que a empresa de factoring não integra o Sistema Financeiro Nacional. Não sendo instituição financeira, não pode descontar títulos, captar recursos do público e fazer intermediação de títulos no mercado, atividades essas privativas dos bancos. Deve prestar serviços não creditícios e comprar os créditos oriundos de vendas mercantis. Outro não é o entendimento da Colenda 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas-Corpus – Crime Societário – Falta de justa causa e inépcia da denúncia – Atividades privativas de instituição financeira – ‘Factoring’

18 LEITE, Luiz Lemos de, op. cit., nota 2.

– Individualização da conduta. ‘Factoring’ não se confunde com Instituição Financeira, sendo vedada à empresa de ‘Factoring’ a prática de qualquer operação com as características privativas das instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central. (STJ – REsp. N. 43914/RS – 3a T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 04.03.96).

7. O CONCEITO RESTRITO DE FACTORING – AÇÕES JUDICIAIS PARA A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO NEGOCIADO

Já foi dito que, apesar de o moderno e acertado conceito amplo de factoring englobar serviços e compra de créditos, na prática essa modalidade contratual é mais enfocada quanto ao seu conceito restrito, restringindo-se, apenas, a essa última atividade.

Tanto é assim que grande parte das ações judiciais diz respeito à exibibilidade dos créditos negociados. Mas a errada compreensão do instituto leva, muitas vezes, as empresas de factoring a proporem demandas executórias contra os faturizados, em razão da insolvibilidade dos devedores, e isso, em regra, não é possível, uma vez que, adquirido o crédito, habilita-se a empresa de factoring a executar os devedores, se não verificado o adimplemento espontâneo.

Consoante lição do ilustre magistrado pernambucano Jorge Américo Pereira de Lira, em sentença de sua lavra¹⁹, o factoring é um contrato aleatório, não ficando o faturizador

19 Sentença do magistrado Jorge Américo Pereira de Lira, prolatada em 02 de agosto de 2000.

com segurança no recebimento do valor constante do título representante do crédito, impedindo-se, inclusive, como muito se vê na prática, o estabelecimento de garantias reais. Tanto é assim que, diante do alto risco dos negócios, não está o titular da faturizadora obrigado a aceitar todos os créditos, apenas aqueles que lhe interessam.

Além disso, o contrato é altamente oneroso, com taxas de remuneração bem mais elevadas que os dos contratos de fornecimento de crédito das instituições financeiras, diante do risco a que se submetem as empresas faturizadoras.

Nada tem, pois, a reclamar o faturizador se não recebe o crédito adquirido, desde que existente o mesmo quando da sua transferência.

Na prática forense tem-se visto, com muita frequência, o seguinte: uma empresa comercial firma um contrato com uma empresa de fomento mercantil (factoring), negociando com essa alguns títulos sob a forma de transferência de crédito e, como garantia do citado contrato, firmam também contratos com garantia real (como escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária), pessoal (fidejussória) e, ainda como garantia, emitem cambiais, como nota promissória e cheque. Só que o estabelecimento de tais garantias não é, em regra, possível, o que leva, normalmente, os magistrados a julgarem procedentes os pedidos de anulação dos contratos e dos títulos cambiais efetivados e emitidos para tal finalidade.

Isso porque, se não há vício em sua origem ou formação, garantia nenhuma pode aquele tomar do faturizado quando da formação do contrato, nem muito menos cobrar dele o valor dos títulos negociados.

Compreende-se, então, totalmente inválida a fiança e sem efeito as garantias reais, como a hipoteca.

Há, porém, uma exceção: quando o título apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem, quando não for autêntico ou legal, ou quando, nas decisões judiciais, não se acolhendo as exceções e defesas, restar definido que não são devidos.

Que exceções e defesas são essas? São as defesas pessoais que o devedor pode opor à empresa faturizadora (cessionária), que tenham origem anterior ao momento em que ficou ciente da cessão dos créditos. Entre elas estão o pagamento e a novação.

Ademais, o faturizado (cedente), responde pela existência do crédito quando da cessão. Logo, se o crédito não mais existir, naquele momento, por ato imputável ao faturizado, tem a faturizadora o direito de acioná-lo regressivamente. O projeto de Lei n. 230, em seu art. 4º, resume quais as responsabilidades do faturizado:

A cedente se responsabiliza civil e criminalmente pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito cedido, respondendo pelos vícios redibitórios.

Da mesma forma já se pronunciou o Eg. Superior Tribunal de Justiça:

Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de factoring, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento.

(STJ - REsp. N. 43914/RS - 3º T. - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - DJ. 04.03.96).

Unicamente nessas hipóteses admite-se a exigência de garantia única, como uma fiança ou uma hipoteca. Não tem sido aceita a emissão de títulos em garantia e muito menos confissão de dívida. Trazemos, aqui, alguns julgados nesse sentido:

Requerimento de falência. Factoring. É da essência do contrato não responder o faturizado ao ceder os seus créditos pela solvência do devedor. (...). Ultima-se o negócio jurídico com a entrega das contas e/ou títulos ao faturizador, não havendo possibilidade, pela natureza jurídica, de obtenção do faturizado de garantia quanto ao pactuado, com assinatura de qualquer título em branco e muito menos confissão de dívida (...)(TJRJ – Ap. n. 12.704/1998 – Rel. Des. Reinaldo P. Alberto – j. 04.03.99. No mesmo sentido: Ap. n. 14.801/1998 de 24.02.99).

A operação de factoring, face à elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária do desconto dos títulos, razão porque o faturizador assume o risco pelo não-pagamento pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, com expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenho contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado.

Expõe-se no voto:

...Não possuindo o faturizado responsabilidade pelo não pagamento do título, salvo por razão vinculada à emissão, não há como se dar guarida à execução proposta contra o faturizado. Transparece claramente, no caso, a intenção de ser contornado o entendimento jurisprudencial da inviabilidade de responsabilização do faturizado, na hipótese de não pagamento pelo devedor dos títulos negociados ao ser estabelecida garantia através da nota promissória em execução...Dessa forma, indubitoso que a promissória destina-se a garantir o regresso da faturizadora contra a faturizada. Pois bem, se é entendimento dominante de que não é responsável o faturizado pelo não pagamento dos títulos negociados, ineficaz a garantia subsidiária obtida através de promissória que em seu verso declara expressamente ser esta a finalidade. Não subsistindo a obrigação garantida, desaparece a garantia ineficaz à garantia desta.(TARS – 3º C. – Ap. n. 194214144 – Rel. Leonello Pedro Paludo – j. 30.11.94), (grifos nossos).

Dessa forma, entende a maior parte da doutrina e da jurisprudência ser impossível, salvo nas exceções citadas, prestar garantias no contrato de factoring, posto que, do contrário, nada justificaria a exigência de comissão pela faturizadora, o que desvirtuaria o

instituto de factoring. Há, porém, algumas opiniões em contrário.

Deve-se, pois, distinguir exigibilidade do título, pela qual responde o faturizado perante o faturizador, uma vez que tal significa a sua validade no momento da cessão de solvência do devedor, pela qual o faturizado não se responsabiliza, porquanto caracterizada em momento posterior à transferência do crédito.

8. CONCLUSÃO – PRÓS E CONTRAS DO PRETENDIDO DIREITO DE REGRESSO CONTRA AS EMPRESAS FATURIZADAS

O atual panorama da economia de mercados traz algumas dificuldades na operacionalização dos contratos de factoring pelas empresas de fomento mercantil. Em virtude das adversidades pelas quais passam os pequenos e médios empresários nacionais, por conta da acirrada concorrência no setor, procuram eles cada vez mais baixar os seus custos operacionais, contratando as empresas de factoring, mas, por outro lado, pleiteiam também a redução da taxa de comissão cobrada por essas empresas.

Uma das soluções propostas para ser possível a diminuição dos altos custos das operações de factoring seria a solidariedade ou subsidiariedade do risco entre faturizador e faturizado. Tal solução foi cogitada no V Congresso Brasileiro de Factoring, realizado em outubro de 1999, em que os empresários do setor, ao aprovarem a revisão operacional do factoring, admitiram a possibilidade de direito de regresso contra as empresas clientes.

Isso implicaria, de uma parte, tornar possível o direito de regresso e, de outra, a desnaturação, acaso não haja a produção de legislação específica, do contrato de factoring. Analisemos os prós e contras:

Não há legislação proibindo e nem permitindo a repartição dos riscos do negócio de factoring entre faturizador e faturizado, nem prevendo a responsabilidade subsidiária pelo adimplemento do título cedido por parte deste último, apesar de a jurisprudência e a doutrina, quase à unanimidade, repelirem o uso de tais meios, considerados, por alguns, como uma forma de incrementar os contratos de fomento mercantil.

As vantagens de se considerar que os riscos da operação de factoring devem ser assumidos, solidariamente, por ambas as partes (faturizador e faturizado) ou, ao menos, assumidos subsidiariamente pelo faturizado acaso não seja liquidado o título pelo devedor, podem ser resumidas no fato de trazer maior garantia às empresas de factoring quanto ao recebimento do valor constante do título adquirido. Com isso, o preço da comissão cobrada por essas empresas cairia vertiginosamente, porque somente seriam aceitos títulos praticamente sem riscos, o que traria uma maior ampliação das empresas que atuam nesse ramo de atividade.

As desvantagens sintetizam-se na dificuldade de adaptação do instituto sem se alterar sua natureza jurídica, na medida em que há o risco de mais ainda se aproximar o factoring do desconto bancário.

A solução a compatibilizar, de um lado, a necessidade das empresas de factoring, para continuarem atuando, compartilharem com as empresas clientes os seus riscos

operacionais, e, de outro lado, a urgência destas últimas em conseguirem diminuir os altos custos do contrato de factoring reside na regulamentação o mais breve possível, por lei específica, do instituto do factoring, pelo que clama todo o empresariado nacional.

9. REFERÊNCIAS

BULGARELLI, Waldério. **Contratos Mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, [s.d.].

COMPARATO, Fábio K. Factoring. **Revista de Direito Mercantil**, n. 6, 1972.

LEITE, Luiz Lemos Leite. **Factoring no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Atlas [s.d.].

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações Comerciais**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REVISTA JURÍDICA. Porto Alegre: Síntese, n. 240, out. 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. São Paulo: RT, 2000.

A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Caio Druso de Castro Penha Vita
Advogado, Doutorando em Direito pela Universidade Católica
de Salvador - BA.

SUMÁRIO

1. TRÊS LEITURAS PARA A CONSOLIDAÇÃO. 2. SOBRE A OUTORGA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO UMA HERANÇA POSITIVA. 3. SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO ARTIFÍCIO DE GOVERNO. 4. UMA FACE DA OUTORGA, OUTRA FACE DO ARTIFÍCIO. 5. HISTÓRIAS DITAS, HISTÓRIAS FEITAS: O CAPITAL SIMBÓLICO DO DEBATE. 6. O DISCURSO E A CONSOLIDAÇÃO DO IMAGINÁRIO. 7. REFERÊNCIAS.

1. TRÊS LEITURAS PARA A CONSOLIDAÇÃO

Meu propósito, aqui, é analisar as formas de pensar a Consolidação das Leis do Trabalho como reproduções de um mesmo sentimento sobre as funções do Estado e o papel das camadas operárias na formação de um direito das relações trabalhistas entre nós.

Partindo do exame de duas vertentes dominantes na reflexão sobre as origens da legislação social brasileira, pretendo passar em revista, num primeiro momento, a tese de que essa legislação teria sido outorgada pelo Estado Novo, como resultado de uma ideologia corporativista e estatal muito adequada ao imobilismo dos trabalhadores.

Num segundo momento, quero também referir-me à escola mais crítica, segundo a qual a Consolidação teria sido efeito de um artifício de desarticulação das classes trabalhadoras fente ao propósito do governo de reduzir-

lhes as forças, neutralizar os conflitos sociais e obter, dessa forma, uma modernização sem riscos.

Em seguida, partindo da noção de Bourdieu, quero considerar essas distintas visões sobre a formação do direito do trabalho brasileiro como formas de um mesmo *capital discursivo*, um *capital simbólico*, “crédito firmado na *crença* e no *reconhecimento*”¹, pelo qual as *ilusões retrospectivas* sobre as raízes do *modus operandi* do Estado Novo em dispor sobre direitos sociais, a se confirmar a hipótese central que articulo aqui, terá dado lugar a certas *ilusões teológicas* sobre sua força e suas funções, sobre a fragilidade do operariado e sua inação².

Com essas premissas, quero examinar aquele capital discursivo como uma formulação estratégica, a inserir no imaginário social, e mesmo nas reflexões mais críticas do processo que culminou na Consolidação das Leis do Trabalho, o pressuposto elementar da concepção de Estado presente no pensamento autoritário nacional, e ainda hoje muito vivo, tanto na aplicação da lei quanto nas propostas de reformulação normativa das relações que aquele diploma regula: a noção de que o Estado, e as instâncias decisórias em geral, são exteriores em relação aos corpos sociais que as regras se propõem a disciplinar.

A proposta pode ser fecunda se, partindo de uma noção de *estanhamento* do objeto examinado³, ela puder excluir a automação corriqueira com que se caracteriza o estudo e a

1 Bourdieu, 2000:187.

2 Sobre isso, cf. ainda Bourdieu, 2000:81.

3 A noção de estanhamento, como processo artístico de distanciamento da realidade orientado à recuperação da percepção de vida, a “fazer da pedra uma pedra”, teve sua origem na Teoria da prosa, de Viktor Chklovski, e mais recentemente se viu recuperada como método histórico por Carlo Ginzburg. A respeito, cf. Ginzburg, 2001:41.

aplicação dos direitos sociais entre nós, ou então assinalar as implicações conservadoras de que essa automação resulta, situando no tempo um debate que, no campo asséptico de um pensamento jurídico cuja maior característica, diante do exagero dogmático a que se vê sujeito, é a de reduzir o objeto do conhecimento, na verdade quase ainda não existe.

2.SOBRE A OUTORGA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO UMA HERANÇA POSITIVA

Na análise da difícil relação que entrelaça as instâncias sociais, o Estado e a legislação trabalhista brasileira, é comum se partir de duas linhas divergentes de compreensão.

De um lado, existem aqueles que, como Oliveira Vianna, se inclinam a caracterizar a formação da sociedade brasileira com traços de imobilismo e letargia – inclinação que, aliás, mal oculta a sua associação com o pensamento conservador⁴ –, e sustentam, por isso, a intervenção de um Estado que oriente o seu destino e lhe regule uma existência que no final deve ser boa⁵.

O pensamento autoritário nacional se caracterizou, em linhas gerais, por essa concepção. Fundada num propósito de modernização nacional a se fazer “do alto”, sem qualquer mobilização ou iniciativa popular⁶, ela ganhou vigor nas formulações do Estado Novo, que se concebeu

4 A respeito dessa associação, cf. Fausto, 2000:14. Para Oliveira Vianna, assim, a psicologia política e a conformação social do povo brasileiro, porque rudimentares, seriam incompatíveis com qualquer idéia de liberdade ou pretensão de exercício democrático (Oliveira Vianna, 1967:251; Piva, 2000:22e91).

5 D’Ávila, 2000:12; Piva, 2000:90 e 138. Relacionando o pensamento autoritário nacional a um “projeto de modernização da sociedade e reorganização do aparelho estatal”, cf. Rodrigues, 1996:517.

6 Fausto, 2001:46.

dentro de um esquema de poder centralizado e dissociado das forças sociais em confronto⁷, destinado a formular e antecipar os interesses da sociedade⁸ e, por essa razão, inibir os conflitos potenciais que poderiam existir em seu corpo.

Na base desse argumento se encontra uma concepção de corporativismo estatal que, se bem tenha sofrido influências marcantes da doutrina proposta por Manóiescu, no seu *Século do corporativismo* – obra traduzida, entre nós, muito significativamente, por Azevedo Amaral, um dos pensadores fundamentais do nosso Estado autoritário⁹ –, dela se diferenciou porque, diante do que se dizia ser uma *debilidade do caráter brasileiro*, excluía a construção das instâncias de representação dos interesses pelos órgãos sociais¹⁰.

Sob os influxos da doutrina positivista – um enxerto ideológico de longa duração em nossa *praxis* política, na expressão de Alfredo Bosi¹¹ –, o pensamento social do Estado Novo derivava, como em Comte, da convicção de que a absorção dos pobres e explorados no grande corpo nacional haveria de ser feita por um *reconhecimento das necessidades*, e não pelo conflito¹²; por uma *economia planejada*, e não pela demanda social mobilizada a exigí-la com justiça¹³; por uma *outorga*, e não pela conquista dos direitos sociais.

7 Diriz, 1996:78.

8 D'Araújo, 2000:33.

9 Fausto, 2001:57. O corporativismo social de Manóiescu, como lembra Maria Ceilina D'Araújo, resulta de uma reminiscência do pensamento medieval pressuposto nas corporações de ofício, que para o autor romeno resgatariam um sentido de comunidade que poderia articular com a atividade econômica, sem fiação do mercado liberal (D'Araújo, 2000:11).

10 D'Araújo, 2001:12.

11 Bosi, 2000:273 e 304.

12 Carvalho, 1998:31.

13 Bosi, 2000:274.

Para o Estado Novo, a formulação social mais acabada dessa sua proposta de onipresença dirigente foi a Consolidação das Leis do Trabalho. Ela sintetizou, como lembra Leôncio Martins Rodrigues, toda a política trabalhista da era Vargas, concebida, no âmbito das relações entre empregado e empregador, como a expressão de uma *tecnocracia esclarecida*¹⁴ que, tendo das classes trabalhadoras uma idéia de *fraqueza e desamparo*, para o Estado destinava a tarefa de mediar tais relações, neutralizando, ao mesmo tempo, os embates que emergissem delas¹⁵.

Resultante de um verdadeiro trabalho de gabinete, forjado por uma classe intelectual de que o próprio Oliveira Vianna, Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, tinha sido parte¹⁶, nessa linha de entendimento a Consolidação pressupunha a política social como um privilégio que um Estado *benefactor* – um *Leviatã benevolente*, para resgatar a formulação de Fernando Henrique Cardoso, reinterpretada por Bolívar Lamounier¹⁷ – haveria de outorgar às classes operárias, e não como um direito exigido ou devido em favor delas¹⁸.

14 Rodrigues, 1996:532 e 527. Na expressão absolutismo esclarecido, observa Bronislaw Baczko, em estudo sobre a Ilustração, o primeiro termo tem muito mais peso que o segundo: "Os soberanos só consentiam as reformas e as novas idéias com a condição de que a modernização não questionasse seu poder, o autoritarismo do Estado que encarnavam" (Baczko, 2001:33).

15 Dutra, 1997:309.

16 Rodrigues, 1996:526; Venancio, 2000.

17 Lamounier, 1997:370.

18 Carvalho, 2001:115. A expressão Estado benefactor remonta a Werner Vianna, 1999:301.

3. SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO ARTIFÍCIO DE GOVERNO

Por tudo isso, a vertente mais crítica fala da Consolidação como uma expressão de estratégia de desmobilização das pressões populares pela *praxis* política do Estado Novo. Derivando diretamente das ações do Estado, e não dessas pressões sociais, dir-se-á, então, que o seu maior objetivo – no final, atingido, em sintonia com a proposta a um só tempo conservadora e modernizante do positivismo à brasileira¹⁹ – foi a contenção dos esforços de organização e de reivindicação do operariado urbano.

Fosse pela concessão do que se entendia como *benefícios sem pedido*, ou através da incorporação e da cooptação das estruturas sindicais pelos aparelhos do Estado²⁰, tratava-se, enfim, de tomar partido do desequilíbrio entre empregado e empregador para domesticar a classe trabalhadora e, com isso, assegurar a manutenção do projeto político autoritário²¹.

A crítica aos conceitos em que se funda essa forma de pensar as raízes da Consolidação se detém, precisamente, sobre a estratégia política do Estado Novo. Como observa José Murilo de Carvalho, a mais grave consequência da cooptação que a *praxis* governamental impôs sobre a classe operária – enfraquecida, de resto, pela redução quantitativa dos trabalhadores qualificados, e por sua substituição pela mão-de-obra originária da

agricultura, desprovida da capacidade de organização característica do operariado na Primeira República²² –, desse ponto de vista, terá sido o desvirtuamento da cidadania dos trabalhadores, e na emergência de uma espécie de *estadania*, uma inserção dos deslocados no corpo social, que se terá passado mais pela porta do Estado do que pela afirmação de direitos conquistados²³.

4. UMA FACE DA OUTORGA, OUTRA FACE DO ARTIFÍCIO

É esse, afinal, o pensamento de Manoel Bomfim: embora denunciando a depreciação imposta ao caráter nacional como uma espécie de *campanha de dissolução* daquilo que poderia haver de bom nesse caráter, como o grande educador sergipano²⁴, a crítica acusa o que, de qualquer forma, existirá entre nós: o fato de ser o nosso Estado um ente estranho e exterior aos nossos corpos, uma instância de dominação tirânica, asfixiante e, por isso mesmo, eficaz no propósito de se sobrepor à sociedade e lhe ditar as regras²⁵.

Mas é daí que surge o paradoxo: na crítica ao projeto autoritário, surge a verificação de que esse projeto teve êxito.

Desde suas origens, anota Raymundo Faoro, o Estado é assim como uma "entidade alheia ao povo, superior e insondável, friamente tutelador"²⁶. A legislação trabalhista brasileira, reafirma José Murilo de Carvalho, na verdade

²² Rodrigues, 1996:520. Sobre a consciência social do movimento operário na Primeira República, cf. Baraúna, 2001:64.

²³ Carvalho, 1998:29; Carvalho, 2001:61.

²⁴ Aguiar, 2000:184.

²⁵ Bomfim, 1993:189 - 191; Aguiar, 2000:336 - 337 e 500.

²⁶ Faoro, 2000:393 - 394.

¹⁹A respeito, cf. Bosi, 2000:295-296.

²⁰Wernick Vianna, 1999:300-301; Fausto, 2000:335; Rodrigues, 1996:527 e 555.

²¹D'Araújo, 2000:53.

terá decorrido de uma *incorporação social* da classe operária, promovida pela estratégia de conservação do Estado Novo, e não de uma ação sindical e política independente dos trabalhadores²⁷.

E com isso, ao mesmo tempo em que se afasta a concepção que se tem da legislação e de sua expressão maior – sua Consolidação – como uma *outorga* generosa do Estado onipotente aos mais necessitados, define-se o sistema como um *modelo artificial*, imposto aos operários “de cima para baixo”²⁸. Constata-se, enfim, que, através desta *manipulação consolidada* dos direitos sociais, o Estado se realiza, precisamente como aquilo que a tese sobre a *outorga desinteressada* do Estado *benefactor* propõe que ele seja.

Ao examinar a miríade de explicações sobre a razão de ser da política social do Estado Novo, e o grande contraste existente entre a previsão normativa dos direitos do operário e o rotineiro desrespeito na prática das relações do trabalho, é curiosamente um norte-americano – John D. French – quem melhor observa como se associam aquelas duas teses, aparentemente contrapostas, sobre as bases da Consolidação – as teses da *outorga e do artifício*.

De fato, tanto quanto a escola da outorga, herança do pensamento autoritário nacional, a escola do *artifício* também percebe a razão fundamental da Consolidação no imobilismo das forças operárias, na falta de consciência e de exigência social desses que, afogando-se em leis que não foram feitas para serem cumpridas, na verdade foram apenas objeto da cooptação de um Estado Novo que se pretendia conservar²⁹.

27 Carvalho, 2001:124.

28 French, 2001:85.

29 French, 2001:85. Sobre o contraste entre a Consolidação e a prática, cf. French, 2001:16, 25 e 47.

De uma perspectiva – a visão da *outorga* –, colhe-se o projeto; da outra perspectiva – a visão do *artifício* –, a constatação de um Estado real se surpreende. E nesse ponto a *constatação* termina sendo uma *concretização do projeto* de identificar a formulação da sociedade com uma expressão de algo que é mais alto, que é o Estado todo-poderoso. Nesse ponto, o fato se torna consenso, o *dever-ser* do projeto autoritário se torna o *ser* que é objeto da crítica a esse projeto.

No campo social, esta é a grande vitória do pensamento autoritário. Pela insistência em qualificar a legislação trabalhista que culminou na Consolidação como uma iniciativa do Estado, e não como uma conquista das massas, a proposição se converte num pressuposto de análise, tomado como fato até mesmo pela crítica aos conceitos da escola da outorga³⁰.

Assim se acaba, então, o objetivo desse *pensamento orientado à ação política*, com que se define a reflexão teórica dos artífices do Estado autoritário nacional³¹: pela penetração no imaginário social de uma narrativa instrumentada por ações concebidas, justamente, para afirmar a contrução teórica que quer conceituar e legitimar a autoridade do Estado como um “princípio tutelar da sociedade”³².

30 French, 2001:83.

31 Lamounier, 1997:354.

32 Lamounier, 1997:356.

5. HISTÓRIAS DITAS, HISTÓRIAS FEITAS: O CAPITAL SIMBÓLICO DO DEBATE

Dessa forma, além disso, também se consomem as bases do poder simbólico da reprodução teórica sobre o Estado brasileiro. Com a absorção dos argumentos da tese da *outorga* pela tese do *artificialismo* da Consolidação das Leis do Trabalho, define-se isso que Bourdieu chama de “contrato tácito de adesão à ordem estabelecida”³³, a *doxa*, a opinião que dá representação às coisas.

Pela afirmação da visão de mundo proposta pelas doutrinas do Estado autoritário, e pela incorporação de um *habitus* em que se inscreveram os esquemas de percepção do pensamento dominante, a realidade será construída, justamente, por aquilo que se afirmou ser a realidade³⁴.

Essas são as histórias ditas. Mas existem também as histórias feitas, ou pelo menos aquelas que, rompendo com uma estrutura histórica forjada como prolongamento e evolução de tempos ideais³⁵, considerem o que poderá ter sido feito, para além do que se pensa que se fez.

É delas que John D. French fala, identificando as origens da legislação social que, mais tarde, culminaria na Consolidação das Leis do Trabalho com verdadeiras conquistas do operariado, vinculadas à debilidade – e não à força, essa apenas um dado no discurso fundador do

Estado Novo – de um governo que, a todo o jeito, procurava se erigir em bases sociais constantes. “Um aparelho estatal fraco”, aponta o historiador americano, “promovera conscientemente a organização e a estruturação da classe operária urbana nas suas tentativas de vencer seus inimigos poderosos”³⁶.

O robusto embasamento experimental das pesquisas a que remete a conclusão de French parece introduzir, de fato, uma nova forma de pensar as relações entre o operariado e o Estado Novo, intermediadas pelo signo da Consolidação, dessa “generosidade com jeito de fraude”, que a *consciência legal* da classe assalariada reconhecia nos benefícios que lhe davam no papel, mas que na prática lhe eram negados³⁷.

Para French, mesmo que os trabalhadores enxergassem a Consolidação como uma fachada, que vinha de encontro aos fatos, ou como um *livro de vigaristas*, que ditava regras escritas só para fraudar³⁸, até por seu papel ativo no reconhecimento dos direitos ali declarados, eles também concebiam a lei como um ideal que poderia ser cumprido³⁹.

Desde que se soubesse que elas queriam apenas conservar os fatos, as histórias ditas poderiam, assim, transformar a vida, formar histórias feitas, traduzir para o real o que, em sua base, seria apenas uma fórmula de embuste.

33 Bourdieu, 1996:118.

34 Bourdieu, 2000:9 e 14; Bourdieu, 2001:207.

35 Relacionando essa estruturação, própria das filosofias da história lançadas na ídola de progresso, tais como as de Hegel e de Marx, com uma concepção imaginária sobre o curso dos fatos, orientada à presentificação do futuro, através daquilo que chamamos de hipótese futura, cf. Durand, 2001:351-355.

36 French, 2001:92. No mesmo sentido, cf. Rodrigues, 1996:527 - 528.

37 French, 2001:13. Sobre a *consciência legal*, compreendida, na esteira do pensamento de Sally Merry, a que se refere o autor, como uma forma como os interessados entendem e aplicam as leis que lhes digam respeito, cf. French, 2001:60-61.

38 French, 2001:58.

39 French, 2001:73.

6. O DISCURSO E A CONSOLIDAÇÃO DO IMAGINÁRIO

Mas a Consolidação também pode ser relida por um outro ponto de vista, que considere, em concurso com sua função de servir como argumento contingente sobre a força e a generosidade do Estado Novo, o seu papel de referência simbólica, constante na formação de grande parte da doutrina trabalhista.

Pressuposta no imobilismo da classe operária, e na reprodução de um imaginário social eficaz ao limite de fundar a manutenção da idéia de que o Estado, capaz de qualquer coisa, foi também capaz de inventar todo um sistema de direito das relações de trabalho, a Consolidação traz consigo impressões que, de fato, também devem ser revistas a partir da análise daquela invenção como uma estratégia simbólica de afirmação sobre a força do Estado.

Como sistemas estruturantes de comunicação e de conhecimento, a Consolidação e, sobretudo, o discurso – comum tanto ao pensamento autoritário quanto à sua crítica – que se operou a respeito da pouca iniciativa da classe operária em sua feitura, têm de ser examinados como fórmulas políticas para legitimar a manutenção das relações entre o Estado e a sociedade⁴⁰.

Se o imaginário, como o concebeu Castoriadis, é uma arquitetura de representações inventada pela pulsão por significados existenciais, ele, de fato, não tem como

dispensar o simbólico. O imaginário social faz uso do simbólico não só para dizer o que é, mas para ser⁴¹, e foi assim que, em correspondência, a ideologia do Estado autoritário, essa forma específica de imaginário pelo qual os agentes sociais pretendem se representar como eles na aparência se colocam⁴², terá recebido como símbolos a Consolidação e o debate em torno dela.

Atingindo desse modo o corpo e a alma, as aspirações e os medos de um povo, através desses símbolos os aparelhos do Estado Novo puderam manipular com tanta eficácia as identidades coletivas, e amoldar com tanto êxito o imaginário social⁴³ que, enfim, também terão inscrito, como expressão desse imaginário, ao lado dos símbolos que se elaborou, um esquema de percepção conforme o qual as camadas populares não participaram do processo de formação de seus direitos sociais no país⁴⁴.

Formada uma comunidade uniforme de imaginação e de sentido, para remontar às expressões de Bronislaw Baczko⁴⁵ em torno da idéia de que o Estado na verdade deu do alto esses direitos, a base intelectual do Estado Novo – que, aliás, tinha sido a mesma elite que criou a legislação social e formou a Consolidação – viu como sua prática discursiva teve um êxito ainda maior do que o projeto de conservação política que com ela se intentava.

Ao inculcar o ponto de vista de acordo com o qual a legislação trabalhista não resultava de qualquer demanda

40 A respeito, cf. Bourdieu, 2000:11. "Los mitos modernos", acrescentaria Cassirer: "emprendieron la tarea de cambiar a los hombres, para poder así regular y determinar sus actos. Los mitos políticos hicieron lo mismo que la serpiente que trata de paralizar a sus víctimas antes de atacarlos" (Cassirer, 1997:339).

41 Castoriadis, 1982:154; Neves, 1994:18-19; Dutra, 1997:35.

42 A formulação geral sobre a ideologia provém de Chauí, 2000:3.

43 A respeito, cf. Baczko, 1984, 54; Carvalho, 1988:9-11.

44 Sobre a inscrição dos atetos de dominação simbólica nas disposições do habitus, cf. Bourdieu, 2001:206-207.

45 Baczko, 1984:54; Carvalho, 1988:13.

da parte das organizações operárias – e assim, durante todo o tempo, especialmente através de publicações oficiais, como o Boletim do Ministério do Trabalho, se repetia que era o Estado, cioso de suas responsabilidades, que encarnava um poder “que ‘doa’ leis sociais para realizar as reformas do alto”⁴⁶ –, essa elite difundiu princípios de visão e de divisão sobre a função do governo, e o seu contraste com a inação das camadas populares⁴⁷, que ainda hoje permanecem na doutrina trabalhista brasileira.

Mesmo as posições mais críticas sobre a forma como se deram os direitos sociais entre nós terminaram, assim, por confirmar que a visão de que esses direitos sociais de fato foram *dados* sobreviveu ao próprio Estado Novo.

E isso faz observar como é preciso atenção frente à estratégia do discurso. Faz lembrar, com John D. French, como o pensamento, crítico ou conservador, sobre a postura do nosso Estado em suas relações com o corpo social está sempre sujeito ao seu poder – simbólico? imaginário? – de formular até mesmo as perguntas que se fazem sobre a história do país⁴⁸.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ronaldo Conde. **O rebelde esquecido: tempo, vida e obra de Manoel Bonfim**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000.

BACZKO, Bronislaw. **Les imaginaires sociaux: mémoires et espoirs collectives**. Paris: Payot, 1984.

_____. Luzes e democracia, In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BATALHA, Cláudio. **O movimento operário na Primeira República**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOMFIM, Manoel. **América Latina: males de origem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1993.

BOSI, Alfredo. A arqueologia do Estado-providência: sobre um enxerto de idéias de longa duração: In: BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. 3. ed., 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Trad. Mariza Corrêa Campinas: Papirus, 1997.

_____. **A economia das trocas simbólicas: o que falar quer dizer**. 2. ed. Trad. Sérgio Miceli et al. São Paulo: Edusp, 1998.

_____. **O poder simbólico**. 3. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. **Meditações pascalianas**. Trad. Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand 2001.

46 Dutra, 1997:315, 318 e 320.

47 Com Bourdieu, da mesma forma, se confirma que esses “princípios duráveis de visão e divisão” são instrumentos privilegiados, de que o Estado pode fazer uso para concentrar e exercer o seu poder simbólico (Bourdieu, 1997:107-108).

48 French, 2001:90.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASSIRER, Ernst. **El mito del Estado**. 9. ed. Trad. Eduardo Nicol. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. G. Reynand. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHAUÍ, Marilena. O discurso competente. In: _____. **Cultura e democracia: O discurso competente e outras falas**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

D' ARAÚJO, María Celina. **O Estado Novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DINIZ, Eliz. O Estado Novo: Estrutura de poder, relações de classe. In: FAUSTO, Boris (dir.). **O Brasil republicano: sociedade e política (1930 - 1964)**. História geral da civilização brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

DURAND, Gilbert. **As estruturas antropológicas do imaginário**. Trad. Hélder Godinho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUTRA, Eliana de Freitas. **O ardil totalitário: imaginário político no Brasil dos anos 30**. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Editora da UFRJ-Editora da UFMG, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Edusp, 2000.

_____. **O pensamento nacionalista autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FRENCH, John D. **Afogados em leis: a CTL e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

GINZBURG, Carlo. Estranhamento: pré-história de um procedimento literário. In: _____. **Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento político Primeira República. Uma interpretação. In: FAUSTO, Boris (dir.). **O Brasil republicano: Sociedade e instituições (1889-1930)**. História geral da Civilização brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. Tomo III, VII.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Populações meridionais do Brasil**. Populações rurais do Centro-Sul. 7. ed. Belo Horizonte-Niterói: Itatiaia-Editora da UFF, 1987.

PIVA, Luiz Guilherme. **Ladrihadores e semeadores: a modernização brasileira no pensamento de Oliveira Vianna, Sérgio Buarque de Holanda, Azevedo Amaral e Nestor Duarte (1920-1940)**. São Paulo: Editora 34, 2000.

RODRIGUES, Leôncio Martins. Sindicalismo e classe operária (1930-1964). In: Fausto, Boris (dir.). **O Brasil republicano: sociedade e política (1930-1964)**. História geral da civilização brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, [s.d.].

VENANCIO, Giselle Martins. **O artifice do poder: A trajetória política de Oliveira Vianna.** Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~anpuhsc/textosfg.html>. Acesso em 4 dez. 2000.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil.** 4. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1999.

CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇÕES

Catarina Vila-Nova Alves de Lima
Mestranda em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco - UFPE. Ex-aluna da Escola Superior de
Magistratura de Pernambuco - ESMape.

SUMÁRIO

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2. SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONCEITOS DISTINTOS. 3. ALGUNS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DA PREVIDÊNCIA. 4. DEFINIÇÃO DE CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO. 5. A QUESTÃO DO DIREITO ADQUIRIDO X CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A vedação da contagem de tempo fictício para efeito de aposentadoria foi uma das inovações instituídas com a Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1998, ensejando inúmeros questionamentos nos âmbitos administrativo e judicial.

O fundamento para a reforma da Previdência Social repousava, principalmente, em distorções em sua estrutura. Fatores distintos, mas convergentes, atuaram para que se chegasse ao ponto de estrangulamento em que se encontrava a Previdência Social.

A contagem de tempo fictício apresentava-se como um elemento que contribuía para agravar o quadro de desequilíbrio da Previdência, vez que assegurava a aposentadoria para muitos servidores em tempo mais reduzido do que o que efetivamente trabalharam ou contribuíram para o Sistema.

A extinção desse instituto relaciona-se com o problema da sucessão de leis no tempo, porquanto envolveu a situação jurídica de três grupos de servidores: aqueles que já haviam implementado os requisitos para se aposentar, quando do advento da Emenda; aqueles que, embora estivessem próximos de se aposentar, não haviam preenchido os requisitos; e aqueles que, apenas, ingressaram no serviço público após o surgimento de tal norma constitucional. Será que a vedação de contagem de tempo fictício deveria ter incidido, indistintamente, sobre esses servidores em situações distintas? Em seu favor, todos eles, em que pese a situação fática dispar, clamam pelo manto protetor do direito adquirido.

Nesse contexto é que se impõem algumas reflexões sobre a natureza da contagem de tempo fictício, observando se, realmente, constituiria direito adquirido ou o que se costuma designar como "expectativa de direito".

2. SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL: CONCEITOS DISTINTOS

O capítulo II, do Título VIII, da Constituição de 1988 recebe a designação: "Da Seguridade Social". Essa pode ser definida, a partir do art. 194, do texto constitucional como: o conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Por conseguinte, constata-se que a Previdência Social é um dos três segmentos que integram a estrutura da Seguridade Social. "A Seguridade Social é o gênero, sendo uma de suas espécies a Previdência Social"¹.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 291.

A Previdência Social é segmento da Seguridade Social destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, ao segurado e sua família, sempre que ocorrerem certas contingências previstas em lei – doença, velhice, morte, desemprego, maternidade etc. Por conseguinte, o que precisamente distingue a Previdência Social da Assistência e Saúde – trinômio que compõe a Seguridade Social – é que estas duas últimas não têm a natureza contributiva daquela – ou seja, as pessoas usufruem essas prestações sem jamais ter contribuído, o que não é possível quanto às prestações da Previdência Social².

A Previdência Social, após a EC nº 20/98, encontra-se estruturada por três regimes, a saber: Regime de Previdência no Serviço Público, Regime Geral de Previdência e Regime de Previdência Privada, de caráter complementar.

No primeiro, o vínculo que une segurado, beneficiário e Estado é legal, regido por normas de Direito Público; nos dois últimos, as relações jurídicas nascem do contrato e disciplinam-nas normas de Direito Privado, com reflexos das normas de Direito Público.

O Regime Geral de Previdência (RGPS) caracteriza-se por ser: público; em regra, compulsório; destinar-se, principalmente, aos trabalhadores da iniciativa privada – e, agora, aos servidores em cargo de comissão e aos empregados públicos.

O Regime de Previdência Privada é destinado a suprir o que o regime oficial não oferece e tem natureza contratual, onerosa, autônoma do RGPS e facultativa.

² cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.*, p. 292.

Era no seio do Regime de Previdência do Servidor Público que se encontrava a contagem de tempo fictício para fins de aposentadoria.

3. ALGUNS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A crise estrutural que atingia a Previdência Social era, há muito, anunciada pelo Governo. Em apertada síntese, pode-se afirmar que o desequilíbrio entre o que se arrecadava e o que se tinha que pagar remonta ao próprio regime em que está fundado o sistema previdenciário do Brasil.

O nosso sistema previdenciário está fundado num regime mutualista, ou de repartição simples, que significa que o servidor não contribui para a própria aposentadoria. O pessoal ativo financia os que, hoje, estão na inatividade – as gerações futuras de inativos dependerão da contribuição dos futuros servidores públicos ativos. Não se adotou o regime de capitalização, i.e., aquele no qual as contribuições mensais, corrigidas monetariamente, são reservadas para financiar a própria aposentadoria do servidor³.

Assim, para que aquele modelo funcionasse, deveria ser mantida a correspondência entre o número de servidores ativos e inativos, mas à medida que a população brasileira vinha envelhecendo, não era o que se notava.

Ao lado disso, outro fator que concorria para o déficit em que se encontrava a Previdência era o fato de que essa concedia vários outros benefícios, além da aposentadoria, mas sem que a contribuição fosse suficiente para custeá-los.

3 cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *ibid.*, p. 294.

Vinha-se observando, no Brasil, a redução do tempo de permanência em atividade – que não é sinônimo do tempo de contribuição, como se explicará a seguir – e a conseqüente ampliação do período de inatividade, fato que, por si só, causava desequilíbrio entre o que se arrecadava e o que se gastava.

Outra causa – muito relevante – para a mencionada crise estrutural foram fatores éticos e morais, como corrupção, desvio de finalidade e ineficiência da máquina⁴.

Como solução para todos esses desequilíbrios, o Governo implementou uma série de mudanças, destacando-se as que se referiam à aposentadoria e, bem assim, o fim da contagem de tempo fictício.

4. DEFINIÇÃO DE CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO

Tempo fictício pode ser definido como aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria *sem que haja*, por parte do servidor, a efetiva prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente.

Anteriormente, quando o critério para a aposentadoria era o de tempo de serviço, admitia a legislação⁵ o direito à contagem de tempo fictício. Assim, algumas vantagens – como férias, licenças-prêmio etc. – a que tinha direito o servidor, quando não gozadas, convertiam-se no direito a contá-las como tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

4 cf. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma da Previdência – aprovada e comentada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 17.

5 vide art. 87, da Lei nº 8.112, de 11.12.90; art. 7º, da Lei nº 8.162, de 08.01.91 e art. 7º, da Lei nº 9.527, de 10.02.97.

No art.4º, da EC nº 20/98, verifica-se vedação expressa a essa modalidade de contagem. Assim, férias ou licenças-prêmio não gozadas não poderão ser computadas como tempo de contribuição para fins de aposentadoria.

O fim da contagem de tempo fictício representou a solução para problemas que se vinham agravando nos últimos tempos, tais como: a redução do tempo de atividade do servidor e ausência de efetiva contribuição para benefícios que perceberia, quando da inatividade.

Inegavelmente, os cofres da Previdência Social não poderiam suportar por muito tempo a contagem de tempo fictício, tendo-se mostrado, pois, a sua extinção como medida salutar.

5. A QUESTÃO DO DIREITO ADQUIRIDO X CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO

Em que pese a necessidade de extinção do instituto, o respeito aos direitos adquiridos, corolário do Princípio da Segurança das relações jurídicas, igualmente impõe-se, pois não se pode admitir que a reforma seja realizada às custas daqueles que se engajaram no sistema quando esse e outros direitos estavam garantidos.

Para exemplificar, tome-se a situação hipotética de um servidor que contava com 29 anos de contribuição ao tempo da edição da Emenda; presume-se, pois, que apresentava 29 anos de efetivo exercício no serviço público, consoante dispõe o art.4º, da EC nº 20/98. Caso tivesse deixado de gozar duas licenças-prêmio, teria direito, consoante as regras da legislação antes vigente, a

contar esse prazo em dobro – ou seja, mais um ano – para efeito de aposentadoria. Dessarte, não precisaria submeter-se às regras de transição, aposentando-se proporcionalmente, conforme as regras antigas – mais benéficas – porquanto completaria 30 (trinta) anos de serviço, antes do advento da emenda. Entretanto, pelas regras de transição só alcançaria esse direito após 30 (trinta) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias.

Esses servidores que deixaram de gozar férias ou licenças-prêmio, antes do advento da regra proibitiva, teriam ou não direito adquirido a contá-las em dobro para efeito de aposentadoria após a EC nº 20/98?

Quanto às pessoas que *ingressaram* na Administração pública após a EC nº 20/98, não há dúvida de que, em relação a elas, está vedada a contagem de tempo fictício, por expressa disposição do art.40, §10, da CF/88.

Todavia, quanto as que, na data da publicação da EC nº 20/98, já eram servidores, distinção impõe seja feita: os que, conforme as regras anteriores, já preenchiam os requisitos para se aposentar no dia 16 de dezembro de 1998 (data da publicação da emenda) e, ao lado desses, aqueles que, nessa data, não haviam implementado os requisitos.

Em relação aos primeiros, cumpre esclarecer que, mesmo que não tenham requerido a aposentadoria, têm direito a ela, segundo as regras vigentes anteriormente ao advento da EC nº 20/98 – assim dispõe o art.3º, da emenda. Aliás, essa norma nada mais é que a expressão do entendimento consolidado no âmbito do Pretório Excelso.

O professor Ivo Dantas leciona que, quanto ao direito adquirido à aposentadoria, houve dois posicionamentos que se sucederam no STF: numa primeira fase, entendia-se que não bastava o preenchimento dos requisitos, exigindo-se, ainda, para que restasse consubstanciado o direito à aposentadoria, que o servidor a houvesse requerido. Na segunda fase, que é o entendimento que hoje prevalece, considera-se revogada a parte final da Súmula nº 359, que impunha referido requerimento para ensejar o direito à aposentadoria, bastando a simples reunião dos requisitos necessários⁶.

Quanto aos que não haviam preenchido os requisitos no dia 16 de dezembro de 1998 é que maiores polêmicas se instalaram, vez que a eles se aplicam as regras de transição, restando saber se teriam direito adquirido à contagem de tempo fictício.

Um esboço sobre disciplinamento dessa matéria facilitará o seu entendimento. O art. 4º da EC nº 20/98 estabeleceu que: "observado o disposto no art. 40, §10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição".

A expressão "legislação vigente" prejudicou sobejamente a clareza do dispositivo, dando margem a uma gama de interpretações. Assim, o que o dispositivo poderia estar determinando era que, vedada a criação de novos tempos fictícios, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente – i.e., antes do advento da Emenda – abrangendo, inclusive, o fictício, seria considerado como tempo de contribuição.

6 cf DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 69-70.

Outros entendiam que a interpretação mais consentânea seria a de que o cômputo do tempo fictício poderia ser considerado, desde que o servidor preenchesse os requisitos para a obtenção da aposentadoria até a edição da lei que a regulamentasse, e para os que passassem a ocupar cargos efetivos após a publicação da EC nº 20/98, valeria a regra geral de não admitir a contagem do tempo fictício. Portanto, para os que incidissem nas regras de transição, o marco final para aquisição do direito à contagem seria a publicação da lei regulamentadora.

Havia, ainda, os defensores da tese segundo a qual o dispositivo em comento vedava a contagem de tempo fictício, quer para os que se encontravam sob a égide das regras de transição, quer para os que se submeteriam às novas regras. Fundamentavam-se no argumento de que o direito à contagem de tempo fictício é condicionado à própria aposentadoria, e se o direito à aposentadoria não se concretizou, não há que se falar em direito adquirido àquele tempo, mas em mera expectativa de direito. Os que se subsumiam às regras de transição poderiam gozar, v.g., as licenças ou férias, admitindo alguns juristas que buscassem indenizações, na hipótese de não usufruí-las.

O extinto MARE – Ministério de Administração e Reforma do Estado – firmou o seguinte entendimento sobre o dispositivo:

toda legislação que estabeleça procedimentos de contagem dobrada, acelerada, reconhecimento de tempos sem efetivo exercício etc., ficará derogada a partir da publicação da lei. Não

O professor Ivo Dantas leciona que, quanto ao direito adquirido à aposentadoria, houve dois posicionamentos que se sucederam no STF: numa primeira fase, entendia-se que não bastava o preenchimento dos requisitos, exigindo-se, ainda, para que restasse consubstanciado o direito à aposentadoria, que o servidor a houvesse requerido. Na segunda fase, que é o entendimento que hoje prevalece, considera-se revogada a parte final da Súmula nº 359, que impunha referido requerimento para ensejar o direito à aposentadoria, bastando a simples reunião dos requisitos necessários⁶.

Quanto aos que não haviam preenchido os requisitos no dia 16 de dezembro de 1998 é que maiores polêmicas se instalaram, vez que a eles se aplicam as regras de transição, restando saber se teriam direito adquirido à contagem de tempo fictício.

Um escorço sobre disciplinamento dessa matéria facilitará o seu entendimento. O art. 4º da EC nº 20/98 estabeleceu que: “observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”.

A expressão “legislação vigente” prejudicou sobrejamente a clareza do dispositivo, dando margem a uma gama de interpretações. Assim, o que o dispositivo poderia estar determinando era que, vedada a criação de novos tempos fictícios, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente – i.e., antes do advento da Emenda – abrangendo, inclusive, o fictício, seria considerado como tempo de contribuição.

6 cf. DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 89-70.

Outros entendiam que a interpretação mais consentânea seria a de que o cômputo do tempo fictício poderia ser considerado, desde que o servidor preenchesse os requisitos para a obtenção da aposentadoria até a edição da lei que a regulamentasse, e para os que passassem a ocupar cargos efetivos após a publicação da EC nº 20/98, valeria a regra geral de não admitir a contagem do tempo fictício. Portanto, para os que incidissem nas regras de transição, o marco final para aquisição do direito à contagem seria a publicação da lei regulamentadora.

Havia, ainda, os defensores da tese segundo a qual o dispositivo em comento vedava a contagem de tempo fictício, quer para os que se encontravam sob a égide das regras de transição, quer para os que se submetiam às novas regras. Fundamentavam-se no argumento de que o direito à contagem de tempo fictício é condicionado à própria aposentadoria, e se o direito à aposentadoria não se concretizou, não há que se falar em direito adquirido àquele tempo, mas em mera expectativa de direito. Os que se subsumiam às regras de transição poderiam gozar, v.g., as licenças ou férias, admitindo alguns juristas que buscassem indenizações, na hipótese de não usufruí-las.

O extinto MARE – Ministério de Administração e Reforma do Estado – firmou o seguinte entendimento sobre o dispositivo:

toda legislação que estabeleça procedimentos de contagem dobrada, acelerada, reconhecimento de tempos sem efetivo exercício etc., ficará derogada a partir da publicação da lei. Não

serão prejudicadas, contudo, as aposentadorias concedidas até a data da publicação da lei, nem os direitos dos que cumpriram os requisitos para a aposentadoria conforme as regras anteriores à Emenda⁷ – (grifo nosso).

A citada lei até então não veio, sendo a matéria regulamentada por instrução normativa – que, nunca é demais lembrar, não substitui a lei. Todavia, se o entendimento que se firmasse fosse o de que se trata de hipótese de direito adquirido, nem lei, nem emenda constitucional poderiam afetá-lo.

A Instrução normativa SEAP (Secretaria de Estado e Administração do Patrimônio - órgão subordinado ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão) nº 05, de 28 de abril de 1999, determinou que:

Art.2º - o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluído o fictício. Parágrafo único – considerase como tempo de contribuição fictício, para os efeitos dessa Instrução Normativa, todo aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria sem que haja, por parte do servidor, a prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente, dentre os seguintes casos.(...) Art.4º - é vedado, a partir de 17 de

7 cf. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, op.cit. p.162.

dezembro de 1998, o cômputo de qualquer tempo de contribuição fictício, para efeitos de concessão de aposentadoria, exceto para o servidor que reuniu, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para a aposentadoria integral ou proporcional, desde que se aposente pelas regras então vigentes.

Portanto, adotou-se o entendimento de que, a partir da Emenda, estava vedada qualquer contagem de tempo fictício, quer para os que se inseriam no disciplinamento das regras de transição, quer para os que se submetiam às novas regras.

Chegou-se a negar àqueles que requereram aposentadorias proporcionais e se encontraram há poucos dias na regra de transição, o benefício da contagem em dobro da licença-prêmio não gozada, determinando que o servidor retornasse ao emprego por mais dois anos de trabalho⁸.

Essa interpretação leva a considerar a contagem de tempo fictício como um acessório do direito à aposentadoria, não o reconhecendo como direito autônomo, suscetível de aquisição. Trata-se, portanto, de questão bastante polêmica.

Existe precedente do STF, RE nº 82.881-SP, em que se discutiu matéria semelhante:

8 idem, p.163.

o caso era o seguinte: ao tempo em que vigia no Estado de São Paulo a Lei nº 6.898, de 1962, que permitia a contagem, para efeito de aposentadoria, de tempo de serviço a tempo prestado a estabelecimentos particulares de ensino, o requerido, que havia ingressado no Ministério Público Estadual, depois que lecionara em estabelecimentos da espécie, solicitou e obteve a averbação, em seus assentamentos, dos períodos correspondentes. Posteriormente, porém, teve cancelada essa averbação sob o fundamento de que a Lei nº 9.825, de 1967, revogara a anterior⁹.

O entendimento majoritário, neste caso, cujo voto¹⁰ relator foi exarado pelo Min. Eloy Rocha foi o de que:

o princípio é este: realizado, completamente, o fato que a lei manda computar como tempo de serviço público o direito, dele resultante, incorpora-se, desde logo, no patrimônio do servidor público, independentemente de atualidade de outros direitos. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público (...) Será possível que revogada essa regra constitucional, se despreze, no tempo de serviço público, a atividade exercida de acordo com a norma então

⁹ Idem, p. 163.

¹⁰ Acompanharam esse voto os Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves e Cordeiro Guerra.

vigente? (...) Reforma Constitucional, que suprima essa contagem, não atingirá a contagem de tempo já prestado. Poderão ser alterados os requisitos para a aposentadoria inclusive quanto ao tempo de serviço; ao invés de trinta e cinco anos de serviço, se o funcionário for do sexo masculino, poderão ser exigidos quarenta ou cinquenta. Mas a lei não poderá dispor que não é mais tempo de serviço público, para todos os efeitos, ou para determinado efeito, o que, segundo a lei, o era na época em que o serviço foi prestado¹¹ (sem grifo no original.)

Um dos fundamentos aduzidos foi o de que o direito ao tempo de serviço e sua forma de contagem é direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria. Assim, restou consignado:

pouco importa que a eficácia desse direito fosse restrita e diferida, servindo apenas para aposentadoria. O direito que então se adquiriu foi o de ter acrescido, ainda que para efeitos futuros, o tempo de serviço público. Para a aquisição desse direito – que não tem que ver com o direito a aposentar-se, pois é um direito que diz respeito a um dos elementos necessários a aposentadoria, o tempo – basta a ocorrência do fato de cujo nascimento ele depende, (...) A qualificação jurídica desse tempo é regida pela

¹¹ Idem, p. 163-164.

lei vigente no momento em que ele é prestado (...) Há dois direitos diferentes: um, é o direito à contagem do tempo; e outro, o direito a aposentar-se. (...) o tempo foi contado de acordo com a lei vigente ao tempo da contagem; incorporou-se ao patrimônio do funcionário. A lei pode criar novas condições para a aposentadoria mas não pode prejudicar o direito adquirido ao tempo de serviço pro labore facto; quer dizer, o que já foi contado, não pode ser apagado. (grifo nosso).

Justifica-se, desse modo, a distinção estabelecida entre as diversas acepções da palavra aposentadoria, esclarecendo que: ora o termo é empregado para significar o ato jurídico pelo qual se formaliza a passagem da atividade para a inatividade; ora, o regime jurídico a que se subordina a relação do inativo com a Administração Pública; e ora, o direito constitucional titularizado pelo agente público a perceber proventos e submeter-se a um regime jurídico correspondente.¹²

Assim, não se pode restringir os direitos que vão se somando ao patrimônio individual do servidor público, limitando-os ao direito de aposentar-se. Esse é um dos direitos que se adquirem ao longo da vida de trabalhador, ao lado de outros, a que esse faz jus por estar inserido em dado regime jurídico. Hoje, já é pacífico que não é a formalização de um direito que dá ensejo a usufruí-lo, mas o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais.

¹² cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 414.

Portanto, o mesmo raciocínio é aplicável ao direito à contagem de tempo fictício. Não se limita a um elemento para aquisição do direito à aposentadoria, mas é, na verdade, direito autônomo, visto que lei específica¹³ delinea as condições necessárias para que se configure e adquira esse direito. Completados esses requisitos, pode-se dizer que o direito está adquirido, independente de qualquer formalização.

Não se está defendendo, aqui, o direito adquirido a regime jurídico, pois, enquanto conjunto de preceitos obrigatórios, disciplinadores de determinado instituto, é insuscetível de se concretizar no patrimônio individual de qualquer pessoa. Quanto ao regime jurídico dos servidores públicos, o entendimento prevalente é o de que é modificável unilateralmente pelo Poder Público, face à natureza objetiva e impessoal dessas regras. Infere-se, por conseguinte, que o servidor não pode se opor a futuras alterações desse conjunto de direitos e deveres, invocando direito adquirido a regime jurídico.

Não obstante, há determinados direitos e deveres que se cristalizam no patrimônio individual, dada a integral ocorrência do fato jurídico aquisitivo, embaixador deles. Nessa hipótese, há direito adquirido, visto que se refere a interesse individualmente apropriável. Não se adquire direito aos critérios para aposentadoria, vez que isso é conteúdo próprio de regime jurídico. Mas, adquirem-se direitos - à aposentadoria, à contagem de tempo fictício, etc - sempre que preenchidos seus requisitos sob a égide de uma determinada legislação e for possível a incorporação deles ao patrimônio individual.

¹³ Vide art. 67, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, art. 7º, da Lei nº 8.162, de 08.01.91 e art. 7º, da Lei nº 9.527, de 10.02.97.

A contagem de tempo fictício é um direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria, assim como também não é um mero critério para implementar esse direito. Critérios para aposentadoria seriam exigências como: trinta ou trinta e cinco anos de contribuição, "x" ou "y" anos de idade, cinco anos de efetivo exercício no cargo em que pretende se aposentar, dez anos no serviço público etc.

Conclui-se que as pessoas que estavam no Serviço Público, à época do advento da Emenda, já haviam adquirido direito à contagem do tempo fictício. Portanto, nem lei, nem emenda constitucional poderiam afetá-las. A interpretação que se coaduna com a sistemática introduzida pela EC nº 20/98 é a proibição de novas contagens de tempo fictício.

Um último argumento – mas, não de somenos importância – é o de que, apagar esse tempo de serviço seria atribuir a pessoas em condições desiguais os mesmos direitos. Ora, uma pessoa que já gozou sua licença-prêmio ou férias vai ser colocada na mesma situação jurídica de outra, que se sacrificou e não gozou de tais benefícios com o intuito de resguardá-los para usufruí-los no futuro.

Não é justo *compelir* os titulares desse direito, no final de suas atividades no serviço público, a gozar as férias e licenças-prêmio não usufruídas – *por opção* – e buscar indenizações para substituí-las. É punir quem foi mais previdente e, aliás, já se encontra sacrificado, em relação aos que gozaram tais vantagens. Quem gozou suas licenças-prêmio ou férias não terá contagem fictícia de tempo, porque já foi beneficiado. E quem as poupou? Só teve azar? Por que a relutância em admitir o direito adquirido?

Nesse contexto, o Senado Federal, através da Resolução nº 35 – referente à suspensão por inconstitucionalidade do art. 7º, da Lei nº 8.162/91 – que vedou a contagem de licença-prêmio para fins de aposentadoria – e a própria Administração Pública, em ato emanado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão consolidaram o entendimento de que há direito adquirido à contagem de tempo fictício.

Assim, o Ministério do Planejamento consubstanciou o entendimento no ofício-circular nº 9/SRH/MP¹⁴, de 19/03/2001, vinculante para os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, com fulcro nas disposições insculpidas no art. 4º da emenda constitucional nº 20/98, de que todos os servidores que cumpriram os requisitos necessários para a concessão da licença-prêmio, até 15 de outubro de 1996, e não a usufruíram, mesmo que não tenham implementado os requisitos para a aposentadoria, fazem jus validamente ao direito da contagem do período em dobro da referida licença como se houvesse tempo de contribuição, para efeito da aposentação¹⁵. Em conclusão, tornou sem efeito os atos administrativos¹⁶ que dispunham de forma diversa sobre a matéria por violarem o princípio do direito adquirido.

14 SRH/MP é o Setor de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento.

15 Cf. parecer (MP/CONJUR/IC) nº 2721/2001, emitido pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

16 Os atos administrativos que regulavam anteriormente a matéria eram a instrução normativa SEAP nº 05, de 1999, bem como a nota técnica nº 7/2000/COGEN/SRH/MP, de 19 de junho de 2000. A portaria normativa nº 01, de 16 de março de 2001, publicada no DOU, de 19 de março de 2001, que tornou sem efeito o inciso I, do parágrafo único do art. 2º, da instrução normativa SEAP nº 05, de 28 de abril de 1999.

O ofício-circular nº 16/SRH/MP, igualmente originário do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, expedido em 11 de abril de 2001, estabeleceu que:

em aditamento ao ofício-circular nº 9/SRH/MP, de 19/03/2001, que tratou da possibilidade de cômputo em dobro na aposentadoria da licença-prêmio adquirida até 15 de outubro de 1996 e não gozada, vimos esclarecer que as áreas de recursos humanos dos órgãos integrantes do SIPEC (Sistema Integrado de Pessoal Civil) deverão, de ofício, rever as aposentadorias dos servidores concedidas até 15/12/98, data da publicação da emenda constitucional nº 20, com proventos proporcionais e não tiveram o direito à licença-prêmio, já adquirido pelo art. 7º, da Lei nº 9.527/97, computado em sua aposentadoria. (Grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União vem referendando esse entendimento ao determinar que, mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, persiste o direito à contagem de tempo fictício, desde que tal direito haja sido incorporado ao patrimônio individual do servidor. Veja-se a respeito¹⁷:

EMENTA: *Representação. Secretaria de Recursos Humanos - SEREC/SEGEDAM. Faz jus à isenção da contribuição previdenciária todo servidor que permanece em atividade após completar as*

17 Outros precedentes do TCU: Decisão do Plenário nº 748/2000, sessão de 28/09/2000. Decisão da Primeira Câmara nº 49/2001, sessão de 30/03/2001.

exigências para a aposentadoria voluntária integral, mesmo que para tanto seja utilizada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio não usufruídos. É irretroatível a opção formal do servidor, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.527/97, pela contagem em dobro de período de licença-prêmio para efeito de aposentadoria. (TCU, Decisão do Plenário nº 998/2001, Ministro Relator Walton Alencar, publicação no Boletim TCU 74/2001, Sessão 21/11/2001)

6. CONCLUSÃO

A extinção da contagem de tempo fictício assumiu dupla finalidade, assim, ao tempo que se destinou a manter o servidor mais tempo no serviço público, buscou também evitar a obtenção de um dado benefício a correspondente contribuição para ele.

Os servidores que, à época do advento da EC nº 20/98, não haviam gozado suas licenças-prêmio, férias e outros benefícios concedidos por lei, têm direito adquirido à contagem desse tempo fictício para fins de aposentadoria. Nem lei, nem emenda constitucional poderia afetá-lo. Uma interpretação sistemática leva a compreender que a Emenda proíbe novas contagens de tempo fictício a partir de sua publicação – sendo válido, agora, apenas o tempo de efetivo exercício e contribuição. Não significa que a Emenda retroagiu para vedar a contagem de tempo já realizado e com o efeito de aposentadoria.

O direito à contagem do tempo fictício cristalizou-se no patrimônio individual dos servidores que preencheram integralmente o fato jurídico aquisitivo, embaixador deles. Nessa hipótese, repita-se, há direito adquirido, visto que se refere a interesse individualmente apropriável. Trata-se de direito autônomo, que não se confunde com o direito à aposentadoria, como também não constitui mero critério para implementá-lo.

7. REFERÊNCIAS

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal. **Revista da ESMape**, Recife, n.02, p.240-248, nov.1996.

CASTRO, Paulo Rabello de. Chico Previdência. In: Dinheiro: Opinião Econômica. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, B2, 08 ago. 2001.

CUNHA, Danilo F. Sampaio. Contribuição do Servidor Público Aposentado ao Plano de Seguridade Social. **Revista da ESMape**, Recife, n.02, p.249-261, nov.1996.

DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PAIXÃO, Floricento; PAIXÃO, Luiz Antonio C. **A Previdência Social em perguntas e respostas**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma da Previdência – aprovada e comentada**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR

Prof. Damásio de Jesus

A Constituição Federal, antes da EC n. 35, de 20 de dezembro de 2001, previa em seu art. 53 duas formas de imunidades parlamentares: *a)* a material ou penal; *b)* a processual ou formal. Em face da primeira, os senadores e deputados federais eram invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. A prerrogativa, que constituía causa funcional de isenção de pena, indicava que referidos parlamentares, desde que cometido o fato no exercício da função, não respondiam pelos chamados delitos de opinião ou de palavra, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, vilipêndio oral a culto religioso, apologia de crime ou criminoso etc. Nesses casos, diante da indenidade penal, os deputados federais e os senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal.

A imunidade parlamentar formal ou processual constituía dupla prerrogativa processual: os membros do Congresso Nacional não podiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Câmara. Nos delitos não abrangidos pela imunidade parlamentar material ou penal havia responsabilidade penal, podendo ser instaurado o inquérito policial e iniciada a ação penal mediante denúncia ou queixa;

mas o recebimento dessas peças ficava condicionado à licença da Câmara ou do Senado. Negada, a impunidade do parlamentar se igualava à inviolabilidade material.

A EC n. 35/2001 deu nova disciplina à imunidade parlamentar, alterando a redação do art. 53 da Constituição Federal:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1.º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2.º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3.º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4.º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

O *caput* da disposição prevê a imunidade parlamentar material ou penal¹ em relação aos denominados delitos de opinião, segundo a qual, aplicada a teoria da imputação objetiva, a conduta do Senador ou Deputado Federal, constitucionalmente permitida, e o resultado eventualmente produzido são atípicos.

A imunidade parlamentar formal ou processual penal², disciplinada nos §§ 3.º e 4.º, não exclui a tipicidade da conduta. O fato constitui delito, e é punível seu autor. Os parlamentares, entretanto, por medida de utilidade pública, têm duas prerrogativas em relação aos delitos aos quais não se aplica a cláusula de atipicidade³: 1.º) não podem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável; 2.º) podem ser livremente processados, sem licença de sua Casa, extinta a antiga exigência de autorização. Mas nessa hipótese, recebida a denúncia por crime praticado após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal deverá dar ciência à Casa respectiva, Senado ou Câmara Federal, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros (257 deputados federais ou 41 senadores)⁴, poderá sustar o andamento da ação penal (§ 3.º).

“Sustar” significa impedir de continuar, fazer parar, interromper, sobrestar (Aulete e Pedro Orlando). Não criou o legislador constitucional uma causa de extinção do processo, mas de sua suspensão. As situações são diversas. No Código de Processo Penal, se “reconhecer a

1. Imunidade parlamentar absoluta.

2. Pode ser denominada “imunidade parlamentar relativa”.

3. Os delitos de opinião (*caput* do art. 53).

4. A decisão é do Plenário.

suspeição, o juiz *sustará* a marcha do processo” (art. 99; grifo nosso); no processo falimentar, a ação penal “extinguir-se-á” quando reformada a sentença declaratória da quebra (art. 507). Assim, recebida a denúncia ou queixa, poderá a Câmara ou o Senado impedir seu prosseguimento. Essa causa de sobrestamento da ação penal tem o mesmo efeito da antiga negativa de licença. A deliberação da Casa do Congresso impede que o processo tenha seguimento. De ver-se, contudo, que, cessada, por qualquer motivo, a investidura no mandato, como seu término ou eventual cassação, o parlamentar perde a prerrogativa processual, de modo que a ação penal perante o STF pode prosseguir.

Qual o prazo conferido ao Senado e à Câmara Federal para suspender a ação penal?

Os textos são aparentemente contraditórios. Enquanto o § 3.º determina que a sustação do processo pode ocorrer “até a decisão final” (da ação penal movida contra o parlamentar), o § 4.º diz que o pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

O pedido deve ser apreciado dentro do prazo de 45 dias ou, não decidido, a Casa respectiva pode fazê-lo até a decisão final do processo criminal?

Pelo § 4.º, o Senado ou a Câmara Federal tem o prazo de 45 dias para determinar ou não a sustação do processo criminal, contados do recebimento do pedido advindo da Mesa Diretora. O texto dá a entender que, superado esse lapso temporal, não pode haver mais suspensão da ação penal. Isso, porém, não se encontra

claro na disposição⁵. Já o § 3.º estende o período de admissibilidade da sustação até o trânsito em julgado da sentença final. Cremos que deve prevalecer a norma que mais beneficia o parlamentar, qual seja, a que permite a apreciação do pedido de sustação até a decisão final do processo criminal (§ 3.º, parte final).

É claro que as duas disposições, na procura de harmonia, podem ser interpretadas no sentido de que o pedido de sustação, vindo da Mesa Diretora, pode ser submetido a uma das Casas do Congresso durante a ação penal e até a decisão final, obedecido o prazo de quarenta e cinco dias para a sua apreciação. Mas a questão que enfrentamos é a seguinte: suponha-se que a Casa do Congresso não aprecie o pedido dentro do prazo, embora ele apresente todas as condições de conveniência política para ser atendido. O decurso temporal sem apreciação impede a sustação da ação penal? Não obstante seja oportuno e conveniente à Casa suspender o processo, deve submeter-se ao efeito restritivo da condição temporal, permitindo o prosseguimento da ação penal?

⁵ Note-se que não há cominação expressa de sanção ao Senado ou à Câmara Federal pela superação do prazo de 45 dias. Não se encontra explícito que, decorrido o prazo sem apreciação do pedido, a questão se encontra superada, não podendo mais ser suscitado o processo.

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS – DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO

Emílio d'Almeida Lins

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO e Advogado em Recife/PE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. PROPÓSITO DO ESTUDO E COLOCAÇÃO METODOLÓGICA; 2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO; 2.1. Abordagem doutrinária clássica; 2.2. Perspectivas críticas do direito e a interpretação jurídica; 3. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS; 3.1. Regulação de cláusulas contratuais e dirigismo. Prática negocial na sociedade pós-industrial; 3.2. O dirigismo contratual. Suas dimensões; 3.3. O dirigismo contratual judicial. Principais teorias; 3.4. A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão; 3.5. Dirigismo e relação contratual de consumo; 3.6. Revisão dos contratos de consumo de execução diferida no tempo. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*; 4. CONCLUSÃO. POR UM RECRUESCIMENTO DA INDUÇÃO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-CONSUMERISTA; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO. PROPÓSITO DO ESTUDO E COLOCAÇÃO METODOLÓGICA

O presente trabalho é parte de monografia apresentada como requisito para validação de créditos na disciplina de Teoria Geral do Direito do curso de mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Propõe-se este texto a analisar as dimensões do dirigismo contratual em seu viés epistemológico, buscando delinear as razões do seu surgimento e sua importância na interpretação de contratos de execução diferida no tempo, mormente em relação às avenças celebradas com a massa de consumidores. Assim, passando por considerações genéricas sobre a interpretação jurídica, procura-se isolar o objeto do dirigismo contratual, o método adequado de

interpretação de negócios jurídicos e os princípios contratuais considerados nesse processo, fazendo-se minudente análise com breve referência a decisões judiciais.

2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

2.1. Abordagem Doutrinária Clássica

A necessidade de se interpretar não vem apenas da utilização do método tradicional de aplicação silogística do direito. Para se interpretar corretamente, a doutrina hermenêutica tradicional elegeu um ponto de observação: a delimitação, que consiste num processo de determinação qualitativa do tema tratado pelo agente cognoscitivo, a fim de se limitar determinado universo empírico de observação de um determinado código informativo¹. Por vezes, tal código é obtido através de observação controlada da realidade empírica (*Wirklichkeit*), como na sociologia. Tal observação controlada, que atestaria a cientificidade do tema, não é observada na teoria clássica da interpretação, como se passa a observar.

Assim, a interpretação jurídica consiste no ato de se delimitar. Todavia, tal assertiva revela-se insuficiente para se compor uma definição do que seja interpretação. Entende-se, portanto, que em se determinando o sentido e o alcance das normas jurídicas, estar-se-ia

1 Sobre os códigos binários que informam os subsistemas sociais, cf. LUHMANN, Niklas: *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980, e NEVES, Marcelo: *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, ambos passim. Para uma oposição ao pensamento de Luhmann esboçado na mencionada obra ver ADEODATO, João Maurício: *A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado* - Notas à Teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, a. XXII, n. 16, 1995, p. 65-92.

interpretando o direito. A determinação de sentido se daria quando o intérprete esclarecesse o que a norma jurídica quer dizer com o código de palavras² por vezes, e quase sempre, utilizado para a sua expressão, especificamente quando se trata da fonte basilar do direito estatal, qual seja: a lei.

Já o alcance do direito diz respeito aos destinatários da norma jurídica, ou seja, busca-se esclarecer a que grupo ou grupos sociais determinada norma é dirigida, a fim de que se possa estabelecer o liame que ensejará a sua efetiva concretização, como tal a chamada relação jurídica³. Desse modo, ao se determinar o sentido e o alcance de dada norma jurídica, efetuada estava a interpretação, a partir do princípio hermenêutico da delimitação.

Os autores se prendem a uma série de classificações de métodos interpretativos que, no caso em apreço, fogem ao tema. Vale ressaltar, apenas, uma delas, que é aquela efetuada de acordo com a extensão da interpretação, em que se verificam a interpretação restritiva, extensiva e declarativa. Elas são as conclusões do intérprete acerca do enquadramento ou não da norma ao caso em apreço por sua atividade cognoscitiva. Entende-se por interpretação declarativa, grosso modo, aquela em que o intérprete chega à conclusão de que o texto legal corresponde fielmente ao anseio peculiar do caso tratado. Cuida-se, pois, de textos legais simples, que não exigem muito parâmetro exegético para a sua compreensão.

2 Para um estudo sobre semiótica, cf. WARAT, Luis Alberto: *O Direito e Sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1987 e NEVES, Marcelo: *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, ambos passim.

3 Nesse sentido TORRE, Abelardo: *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Panot, 1991, p. 457.

Já a interpretação extensiva se verifica quando o intérprete conclui que a norma jurídica interpretada está englobando um número de casos menor que o da sua possibilidade, fazendo-se necessário um movimento de ampliação do seu respectivo alcance, a fim de corresponder ao que se lhe propõe tratar.

Exatamente o inverso ocorre na interpretação restritiva, em que se verifica a utilização de determinada norma jurídica para realidades mais abrangentes do que seu efetivo alcance, devendo-se restringir o seu âmbito de incidência. Torré aduz que esse tipo de interpretação teria lugar quando a aplicação da norma viesse a causar uma injustiça⁴. Assim, não se vislumbra, pois, a conclusão do intérprete seja pela inadequação da norma ao caso, em função de a mesma estar extrapolando os seus limites materiais, o que não caracteriza um juízo de valor acerca da justeza ou não da norma.

2.2. Perspectivas críticas do direito e a interpretação jurídica

As perspectivas críticas do direito positivo estatal⁵ encontram-se, basicamente, no pilar da organização jurídica moderna, qual seja: o direito dogmático. Os doutrinadores⁶ de

4 TORRÉ, Abelardo. Op. Cit. p. 462.

5 A expressão "crítica" aqui adotada não tem a conotação de um romper radical com os pilares da dogmática, mas sim, o sentido de levar em conta as novas concepções hermenêuticas que buscam evitar que o intérprete fique adstrito aos exageros cometidos, num passado não tão distante, pela escola da exegese. A esse respeito ver FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155-164.

6 PERELMAN, Chaim. *Tratado de Argumentação - A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 131-160, onde estabelece parâmetros para o operador do direito melhor interpretar enfocando, sobretudo, a dimensão retórica da argumentação jurídica.

tal ramo de pensamento criticam a dogmática tradicional negando o seu tripé ideológico, a saber: o princípio da unicidade do direito, o Estado como única fonte e o princípio da racionalidade. Essa pretensão de universalidade, advinda dos parâmetros da dogmática e sociologia jurídica tradicionais de origem europeia, que seria a única via servível para justificar o direito como ciência segundo as antes citadas escolas, não é suficiente para explicar o direito, por exemplo, em sociedades periféricas como a brasileira que, pelo fato de as mesmas possuírem uma realidade fático-social hipercomplexa, conferem ao direito um caráter específico⁷.

Como não se concebe mais a ciência como um conjunto de mecanismos estanques e não sujeitos à modificação temporal, mas sim, um conhecimento basicamente transitório, sujeito a experiências futuras que mostrem uma nova realidade científica, o pensamento dogmático iria, como de fato ocorre, de encontro aos sustentáculos de uma teoria explicativo-científica do direito.

Outro aspecto abordado pelas concepções críticas consiste em uma perspectiva hermenêutica nova, não se tendo mais como ponto de partida a norma jurídica estatal. No caso, ocorreria o que se chama de *hermeneia*, em oposição à tradicional *hermeneutiké techné*⁸, partindo-se da experiência empírica para, com base no relato interpretativo obtido em tal instância, efetuar-se a

7 Como isso se daria não nos cabe agora salientar, mas suas possibilidades foram estudadas e estão presentes em trabalho específico. Nesse sentido verificar LINS, Emílio P. P. d'Almeida. *O Ato Jurídico Processual legítimo: uma Análise Empírico-Normativa da Realidade Forense*. Curitiba: 2002. 150 p. (no prelo)

8 Nesse sentido DINIS, Melito. Elementos para uma Hermenêutica Jurídica Popular (O "Uso Alternativo" do Direito). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 03. 1995.

concretização normativo-empírica, sem se limitar, apenas, ao positivismo exacerbado.

Assim, podemos sintetizar as perspectivas críticas a partir da não-utilização, por parte da hermenêutica tradicional, do chamado raciocínio indutivo. Nesse tipo, o ponto inicial de investigação se dá em uma realidade particular para, a partir de então, buscar-se uma fórmula mais geral que venha a explicar determinados fenômenos locais. Em virtude disso, não se pode, segundo a teoria crítica, efetuar um método hermenêutico que tenha por parâmetro a norma, pois, se assim fosse, estaríamos apenas observando uma parte do raciocínio, que seria a esfera dedutiva, que vai do geral (norma jurídica estatal) para o particular (caso concreto).

Conclui-se, então, que não se pode efetuar um raciocínio apenas indutivo ou dedutivo, eis que ambos os modos de abordagem são etapas de um mecanismo único, que denominamos indutivo-dedutivo. A estrutura mental de tal especulação se daria a partir da observação continuada da realidade, para que, a partir de métodos de pesquisa, pudéssemos explicar, e não apenas descrever, essa contingência. Tal explicação consiste na formulação teórica a partir do mundo empírico, através de proposições gerais. Até aí teríamos a indução.

A dedução seria o segundo passo, em que, a partir da explicação teórica geral obtida pela indução, buscar-se-á solucionar os conflitos que venham a surgir no seio social. A aplicação teórica, então, estaria mais de acordo com a realidade, o que, segundo os teóricos, é fundamental para a concessão de direitos subjetivos frutos das relações jurídicas. Logo, não poderia haver dedução sem uma

indicação prévia. No pertinente ao direito consumerista, buscaremos observar o mecanismo interpretativo consoante o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para, a partir de então, determinar se é possível uma utilização da chamada *hermeneia* em tal ramo do direito, mormente no que toca à revisão de contratos de natureza consumerista de adesão a condições gerais.

3. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, esse tem a necessidade de fixar o sentido das normas que vai aplicar, ou seja, tem de interpretar essas normas⁹.

O mesmo se diga em relação às partes que celebram determinado pacto, bem assim ao aplicador do direito quando chamado a intervir no negócio jurídico para, ao reinterpretá-lo¹⁰, tentar manter a relação de equivalência entre as partes contratantes e o sinalagma funcional do contrato, presentes no momento da celebração da avença.

No ponto, é interessante salientar que os contratos estão como que integrados num contexto institucional mais vasto, o que origina um certo tipo de restrições que o direito dos contratos deve também levar em conta. Ora impondo obrigações contratuais adicionais, ora limitando direitos contratuais, as condições gerais do contrato assumem então a função de regra de conflitos para as relações externas do contrato, assegurando a

⁹ cf. KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387. Nessa obra, Kelsen adverte que a utilização pelo operador jurídico da interpretação não-autêntica pode comprometer a segurança jurídica. A interpretação autêntica segundo o autor encerra-se num silogismo normativo.

¹⁰ Aqui não foi adotada a distinção kelseniana entre interpretação autêntica e não-autêntica, cf. KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, p. 387-397.

adaptabilidade das obrigações contratuais às estruturas institucionais (o que não pode ser conseguido pelo direito contratual clássico). A redução da indeterminação é assim conseguida nas suas dimensões empírica, temporal e social. Quanto à dimensão social, a referência a padrões sociais de moralidade do tráfico econômico é substituída pela formulação de diretivas judiciais; sempre que o juiz diagnostica uma 'falha de mercado', as normas complementadoras deste (mercado) cederão o seu lugar a medidas compensatórias, deixando os pressupostos consensuais de ser pelas instâncias jurisdicionais. Isso introduz uma modificação ao nível da generalização na dimensão empírica ou objetiva. No lugar de normas universais encontramos agora expectativas funcionais particulares, para cuja consecução são utilizados novos conceitos dogmáticos, tais como fim contratual, função e organização, que regulam a definição substantiva dos pressupostos da conduta. Numa dimensão temporal, isso significa que as condições gerais do negócio se tornam mais flexíveis e assumem um estilo mais cognitivo: as exigências funcionais podem ser definidas de forma a adaptarem-se a cada situação, podendo, todavia, ser estabilizadas contra o próprio consenso das partes¹¹.

A interpretação dos contratos e sua organização como sistemas autopoieticos¹² permitem a reformulação de questões acerca do direito contratual, mormente no

11 No mesmo sentido verificar TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 240-241.

12 Sistemas autopoieticos, grosso modo, seriam sistemas que justificam sua existência através da autorreferência e autoprodução, circular e recursiva, aos seus próprios elementos estruturadores. Sobre a aplicação da teoria autopoietica na contratualística consultar TEUBNER, Gunther; Op. Cit. p. 240-241.

pertinente ao advento das chamadas condições gerais do negócio ou cláusulas gerais, ora pelo fato de as mesmas dinamizarem a celebração de negócios jurídicos e resolverem conflitos entre subsistemas sociais distintos, ora por imporem soluções lesivas à parte juridicamente mais fraca da relação contratual, como veremos a seguir.

3.1. Regulação de cláusulas contratuais e dirigismo. Prática negocial na sociedade pós-industrial

De acordo com a concepção tradicional, o mecanismo de mercado é baseado em contratos nos quais cada participante do mercado nele ingressa livremente após deliberação racional. O contrato seria o compromisso acordado por duas partes racionais e livres, em posição de igualdade perante o direito e a sociedade. Seria, portanto, considerado justo e equilibrado de acordo com seus pontos de vista, permanecendo neutro em relação ao conteúdo¹³.

Essa neutralidade em relação ao conteúdo (neutralidade axiológica) repousa na assepsia que se pretendeu dar ao princípio do *pacta sunt servanda*, correspondendo o avençado à verdadeira lei entre as partes, disposição essa intangível e imutável por elementos extracontratuais.

É sabido que os mundos ideais e a realidade empírica são estanques. Devido à desigualdade nos recursos econômicos, assim como nas habilidades individuais, o mercado pode produzir contratos desequilibrados ou lesivos¹⁴.

13 No mesmo sentido, WILHELMSSON, Thomas. Regulação de Cláusulas Contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, v. 9, p. 21, p. 14.

14 Cf. WILHELMSSON, Thomas, p. 14.

Assim, tem-se por exemplo o uso das chamadas condições gerais de negócio, que muito embora racionalize o mecanismo contratual na sociedade pós-industrial, impõe, por vezes, soluções abusivas à parte mais fraca da relação contratual.

Passa, então, o Estado a dirigir o contrato, regulando previamente cláusulas contratuais de acordo com interesses da sociedade. Isto é, passa o Estado a ditar, total ou parcialmente, o conteúdo dos contratos estipulando cláusulas inderrogáveis pelas partes.

É interessante anotar que o contrato dirigido adquire abordagem dinâmica, e não estática como no esquema tradicional, conquanto passa a dar relevância às mudanças fáticas posteriores à celebração da avença, principalmente, em se tratando de contratos de longo prazo, ou de execução diferida no tempo. Enfatiza-se, também, o contrato com expressão de co-operação entre as partes, em que, além de seus interesses, estão envolvidos interesses da comunidade¹⁵.

No moderno pensamento contratual são apresentadas abordagens mais coletivas, não se limitando apenas a relações individuais, mas admitindo criação contratual coletiva e cooperativa e de realização de acordos coletivos sobre disputa. É certo, também, que o direito contratual do Estado hoje é caracterizado pela crescente relatividade à pessoa concreta. O raciocínio contratual confere maior peso aos argumentos relativos à hipossuficiência econômica e/ou contratual, e principalmente a esta última, de uma das partes¹⁶.

A contenção da chamada parte contratual mais forte e a imposição heterônoma das regras do jogo contratual¹⁷ têm como mister, ao menos formalmente, a manutenção do equilíbrio de direitos e obrigações, pautado na regra da boa-fé objetiva, e do equilíbrio econômico das partes.

Noutras palavras, o dirigismo contratual se verifica através da intervenção do Estado nos contratos, inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse social é trazido à tona, com o Estado ditando as regras no sentido de preservá-lo¹⁸.

Na sociedade pós-industrial, sobretudo após o segundo conflito mundial, verifica-se que o intenso comércio jurídico deu aos contratos nova roupagem. Começa a falar-se, então, em contratos standardizados ou contrato de adesão, em que cláusulas uniformes ou condições gerais do negócio são predispostas antecipada e unilateralmente por uma das partes da relação contratual.

Essa redução da autonomia da vontade - em razão desse aumento do tráfico jurídico - pela dinamização da economia mundial - que repercutiu intensamente no direito das obrigações, determinou o aparecimento, também, de uma figura jurídica denominada de conduta social típica¹⁹, v.g., os negócios de abastecimento em sistema de auto-serviço; os negócios nos parques de estacionamento, entre outros.

17 Cf. LÓBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo Contratual. *Revista de Direito Civil*, n. 52, a. 14, p. 66, abr/jun 1990.

18 LÓBO, Paulo Luiz Neto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 25.

19 O termo utilizado é de LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Beck, München, 1977, v. II p. 471.

15 WILHELMSSON, Thomas Op. Cit., p. 9-12.

16 Cf., idem, p. 14.

Saliente-se que essas novas técnicas são indispensáveis ao moderno sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como impedir o processo e eliminá-las da realidade social²⁰. Inegáveis são as suas vantagens para as empresas, embora também sejam utilizadas com frequência pelo Estado e entidades da Administração indireta, por dinamizarem e tornarem mais seguros os acordos de vontade.

No entanto, é certo que referidas práticas podem resultar em inúmeros prejuízos quando a parte aderente for um consumidor, caracterizando-se nessa relação como contratante débil²¹ ou vulnerável²².

Na sociedade de massas, tal como concebida hodiernamente, não se pode olvidar que o consumo aparece como objetivo econômico e social primordial da maioria dos tipos de contrato²³, sendo certo que a maioria dos contratos celebrados no dia-a-dia caracterizam-se por relações contratuais de consumo.

Assim, com a nova cunhagem do contrato, caracterizado sobretudo por sua natureza dinâmica, é de se reconhecer legítima a intervenção do Estado nos contratos para assegurar a observância ao bem comum e à equidade, e para primar pelo restabelecimento do equilíbrio econômico e jurídico das partes²⁴.

20 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 53.

21 A expressão é de LÔBO, Paulo Luiz Neto, Op. Cit. p. 65.

22 A expressão é de MARQUES, Cláudia Lima, idem, p. 53.

23 STIGLITZ, Gabriel. O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, a. I, n. 184-199, p. 184, mar. 1992.

24 No mesmo sentido, STIGLITZ, Gabriel, Op. Cit. p. 185-186.

3.2. O dirigismo contratual. Suas dimensões

O dirigismo contratual revela-se nas formas pública e privada.

O dirigismo contratual público pertine à imposição heterônoma das regras do jogo contratual, notadamente pelo Estado, apresentando-se, por sua vez, sob as dimensões legislativa, administrativa e judicial, sendo esta última tratada no tópico infra.

O dirigismo contratual legislativo encerra-se na preferência de utilização de normas cogentes ou imperativas, em detrimento das normas dispositivas, para promover a limitação heterônoma da liberdade contratual. O Estado também se serve de normas ditas promocionais para sancionar positivamente determinado comportamento, a exemplo da concessão de uma isenção tributária. É curial reiterar que o Estado legisla segundo as necessidades gerais da sociedade²⁵.

O legislador limita a liberdade de conclusão do contrato quando reduz ou suprime a liberdade das partes de escolherem com quem, onde e quando contratar. Assim procede quando entende que deve prevalecer o interesse social. Dá-se como exemplo o caso da contratação de bens e serviços públicos, em que os fornecedores estão obrigados a contratar com todos os usuários e adquirentes que necessitem desses bens e serviços, em igualdade de condições²⁶.

25 Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto, Op. Cit. p. 69.

26 Idem, p. 69.

Limita-se, também, a liberdade de determinar o conteúdo da avença. O legislador, nesse caso, estabelece de forma cogente, total ou parcialmente, as condições essenciais do contrato, chegando até mesmo a fixar a redação de cláusulas, inderrogáveis por vontade das partes. A liberdade de escolher o tipo contratual é igualmente limitada, quando se estabelece rigidamente o tipo, para que determinadas relações se convertam em contrato. É o tipo legal cogente ou obrigatório²⁷. Não há propriamente proibição de contratar e, sim, proibição de contratar fora do tipo. Cogita-se de proibição, total ou parcial, quando o motivo decorre da própria natureza da intervenção do Estado Social, como nos casos de contratos que neguem o curso legal da moeda. Situação oposta se dá quando os indivíduos são obrigados a contratar em ocorrendo determinadas circunstâncias previstas na legislação, o que representa profunda negação da liberdade contratual. A lei obriga, por exemplo, a contratação de seguro para trânsito de veículo automotor por vias terrestres, fluviais e aéreas²⁸.

O dirigismo é consagrado na nossa legislação, a exemplo dos contratos de promessa de compra e venda e dos contratos de direito autoral, entre outros.

O dirigismo contratual administrativo representa a face burocrática do dirigismo. A Administração Pública já demonstrou e demonstra que exerce um controle difuso da liberdade contratual quando, por exemplo, tabela e controla preços através dos seus agentes públicos²⁹.

Fala-se em dirigismo contratual privado quando a parte poderosa preestabelece as condições às quais se vinculam e se obrigam todas as demais partes que necessitam dos bens ou serviços por ela fornecidos. Essas condições contratuais não podem ser consideradas iníquas a princípio. Os limites para a liceidade são marcados pelo dirigismo contratual público e pela contenção legal e/ou judicial das cláusulas lesivas. Na economia organizada da macroempresa, seja ela estatal ou privada, a padronização contratual é inevitável³⁰.

No Brasil, o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor demonstrou a preocupação com os abusos desse poder privado e estabelece os limites dentro dos quais o dirigismo privado pode atuar. Ele apresenta-se em três dimensões³¹: a) em contratos de transferência de tecnologia; b) em contratos entre a empresa e suas filiais-satélites, em geral pequenas e médias empresas; e c) em contratos realizados com a massa de consumidores.

Em geral, estes instrumentos, principalmente os contratos de consumo, apresentam-se de forma padronizada de contrato de adesão, em que se estabelecem as condições gerais do negócio, constando geralmente de formulários padrões, faltando apenas preencher dados referentes a identificação do aderente, objeto e preço³².

27 Compulsório é o termo utilizado por LÓBO, Paulo Luiz Neto, p. 70. Tipo legal coativo ou tipo legal recomendado é a expressão de que se serve MIRANDA, (Francisco Cavalcarli) Portes de *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsol, 1972. Tomo XXXVIII, p. 43.

28 LÓBO, Paulo Luiz Neto, Op. Cit., p. 70-71.

29 LÓBO, Paulo Luiz Neto, idem, p. 74.

30 Cf. idem, p. 74-75.

31 O rol é de LÓBO, Paulo Luiz Neto, *O Contrato - Exigências e Concepções Atuais*, (n. 18), p. 24.

32 MARQUES, Cláudia Lima, Op. Cit. p. 54.

3.3. O dirigismo contratual judicial. Principais teorias

O dirigismo contratual judicial ocorre quando o Estado, através de seu órgão-Juiz, é chamado a intervir no contrato para restabelecer o equilíbrio entre as partes em razão, e. g., da ocorrência de fato superveniente no momento da execução do contrato e que foi desconsiderado quando da celebração da avença.

A evolução da doutrina tem impulsionado avanços na construção jurisprudencial, que consagrou várias teses no que toca à restauração da relação de equivalência entre as partes contratantes.

Inúmeras são as teses desenvolvidas no avançar dos tempos pertinentes ao dirigismo contratual que influenciaram a jurisprudência pátria, sendo muitas delas entre nós aceitas, a exemplo da teoria do enriquecimento ilícito, utilizada para delimitar a liberdade contratual; da teoria da dívida de valor, decorrente de responsabilidade por ato ilícito; da utilização de princípios como o da boa-fé, da ordem pública, assim como o abuso de poder, que têm sido considerados na interpretação dos contratos, mormente quando se trata de relação de massa, entre outras, amplamente utilizadas pelos juízes e tribunais ao proferirem suas decisões³³.

O mesmo se diga em relação à teoria da imprevisão e à cláusula *rebus sic stantibus* que serão tratadas com mais vagar no tópico seguinte.

33 O rol é de LÓBO, Paulo Luiz Neto, *Dirigismo Contratual*, p. 72-73.

3.4. A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão

Após a Primeira Guerra Mundial, esboçaram-se na Europa sérias reações ao absolutismo contratual, em face da enorme dificuldade que o povo europeu enfrentou, à época, para cumprir os contratos de trato sucessivo ou de execução diferida³⁴.

A doutrina e a jurisprudência vinham debatendo o problema desse subjetivismo exacerbado. Mas, parece ter sido a lei francesa de maio de 1918 - conhecida como a lei *Failliot* - o marco decisivo para a consagração da idéia de modificação dos efeitos contratuais, quando as circunstâncias fossem alteradas de maneira imprevisível³⁵.

Com isso ganhou corpo a teoria da imprevisão que consiste em admitir, nos contratos comutativos, de execução diferida, continuada ou periódica, uma cláusula implícita segundo a qual, as partes estão sujeitas ao cumprimento do contrato, enquanto permanecerem inalteradas, na execução, as circunstâncias que existiam no momento da celebração do negócio.

Antedita teoria deu nova dimensão, porém restringiu, a velha e conhecida cláusula *rebus sic stantibus*, que é uma elipse da expressão atribuída a Bartolo³⁶: "*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intellinguntur.*"

34 Para saber mais sobre contratos de execução diferida ver CUNHA, Fernando A. Muriz da. *Correção Monetária no Direito Imobiliário*. São Paulo: Sug. Literárias, 1979. *passim*.

35 *idem*, p. 23.

36 *idem*, p. 20-21.

O problema, então, apareceria quando se produzissem operações extraordinárias e imprevisíveis, com relação às circunstâncias vigentes no momento de contratar.

A questão consistiria em saber se, a despeito disso, haveria de cumprir-se o pactuado - *pacta sunt servanda* - ou se os juízes teriam a faculdade para adaptar esses contratos à nova situação vivida, impondo aos contratantes uma conduta diferenciada - *rebus sic stantibus*.

Essa questão aliás, é uma falsa alternativa, porque a adaptação às novas circunstâncias não implica, necessariamente, a derrogação do princípio da força obrigatória do contrato. O julgador não põe, assim, outra norma, porém estabelece outra conduta, adequando o mesmo contrato às circunstâncias transformadas, dando-lhe outro alcance ou resolvendo-o, se essa for a única solução exigida pela circunstância.

Diz-se³⁷, assim, que um contrato começa e termina dentro do mesmo projeto de existência que ambas as partes têm coprojetado. Há, portanto, uma complementação ao princípio da força obrigatória do contrato, porque o *pacta sunt servanda* e a *rebus sic stantibus* são, por igual, expressões necessárias da mesma boa-fé constitutiva da conduta contratual; a boa-fé que, como verdade de conduta, exige cumprir o pactuado é a mesma que exige cumpri-lo, dentro da situação que dá sentido ao pacto. Aquelas cláusulas que, como significação de linguagem, cada uma nega a outra, dando a impressão

37 Esse é o pensamento de COSSIO, Carlos. *La Teoría de la Imprevisión*, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1960. p. 17-18.

racional de que se anulam, ao conjugar-se, como realidade, se complementam e se compenetraram, porque uma não pode existir sem a outra.

3.5. Dirigismo e relação contratual de consumo

A relação contratual de consumo é aquela que se dá entre quem exerce atividade profissional organizada, denominado fornecedor, e o eventual adquirente ou utente de bens e serviços que aquele forneça ao público, qual seja, o consumidor³⁸.

Ao contrário da relação contratual comum - hodiernamente de observância reduzida por ser pautada no esquema clássico que repudia a proteção da parte hipossuficiente - a relação contratual de consumo se caracteriza pela tutela ostensiva e necessária da parte juridicamente vulnerável, em detrimento do fornecedor predisponente das condições gerais do negócio³⁹.

Frise-se que as normas constantes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a teor do disposto no seu primeiro artigo, são de ordem pública e interesse social. Por isso, divulga-se que a defesa dos interesses dos consumidores são indisponíveis. Assim, mesmo quando o consumidor queda-se inerte na defesa de seus direitos, esses são tutelados pelo Estado e, portanto, passíveis de serem defendidos, quando determinados fatos acarretarem mácula à ordem pública e ao interesse da comunidade.

38 A definição é de LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Pressupostos Gerais*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6: 134-141, p. 134, abr/jun, 1993.

39 No mesmo sentido LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 134-140.

O problema, então, apareceria quando se produzissem operações extraordinárias e imprevisíveis, com relação às circunstâncias vigentes no momento de contratar.

A questão consistiria em saber se, a despeito disso, haveria de cumprir-se o pactuado - *pacta sunt servanda* - ou se os juízes teriam a faculdade para adaptar esses contratos à nova situação vivida, impondo aos contratantes uma conduta diferenciada - *rebus sic stantibus*.

Essa questão aliás, é uma falsa alternativa, porque a adaptação às novas circunstâncias não implica, necessariamente, a derrogação do princípio da força obrigatória do contrato. O julgador não põe, assim, outra norma, porém estabelece outra conduta, adequando o mesmo contrato às circunstâncias transformadas, dando-lhe outro alcance ou resolvendo-o, se essa for a única solução exigida pela circunstância.

Diz-se³⁷, assim, que um contrato começa e termina dentro do mesmo projeto de existência que ambas as partes têm coprojetado. Há, portanto, uma complementação ao princípio da força obrigatória do contrato, porque o *pacta sunt servanda* e a *rebus sic stantibus* são, por igual, expressões necessárias da mesma boa-fé constitutiva da conduta contratual; a boa-fé que, como verdade de conduta, exige cumprir o pactuado é a mesma que exige cumpri-lo, dentro da situação que dá sentido ao pacto. Aquelas cláusulas que, como significação de linguagem, cada uma nega a outra, dando a impressão

³⁷ Esse é o pensamento de COSSIO, Carlos. *La Teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1980. p. 17-18.

racional de que se anulam, ao conjugar-se, como realidade, se complementam e se compenetraram, porque uma não pode existir sem a outra.

3.5. Dirigismo e relação contratual de consumo

A relação contratual de consumo é aquela que se dá entre quem exerce atividade profissional organizada, denominado fornecedor, e o eventual adquirente ou utente de bens e serviços que aquele forneça ao público, qual seja, o consumidor³⁸.

Ao contrário da relação contratual comum - hodiernamente de observância reduzida por ser pautada no esquema clássico que repudia a proteção da parte hipossuficiente - a relação contratual de consumo se caracteriza pela tutela ostensiva e necessária da parte juridicamente vulnerável, em detrimento do fornecedor predisponente das condições gerais do negócio³⁹.

Frise-se que as normas constantes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a teor do disposto no seu primeiro artigo, são de ordem pública e interesse social. Por isso, divulga-se que a defesa dos interesses dos consumidores são indisponíveis. Assim, mesmo quando o consumidor queda-se inerte na defesa de seus direitos, esses são tutelados pelo Estado e, portanto, passíveis de serem defendidos, quando determinados fatos acarretarem mácula à ordem pública e ao interesse da comunidade.

³⁸ A definição é de LÓBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Pressupostos Gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6: 134-141, p. 134, abril/jun. 1993.

³⁹ No mesmo sentido LÓBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no Código de Defesa do Consumidor..., p. 134-140.

Vislumbra-se, assim, claramente, o dirigismo contratual legislativo em relação aos contratos de consumo, e *a fortiori* o dirigismo judicial, haja vista a previsão expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor de valiosos instrumentos hermenêuticos, v. g., a cláusula geral de boa-fé e da equidade (art. 51, IV, e § 1º, do CDC), postos intencionalmente à disposição do juiz, resultando num alargamento de seus poderes de revisão dos contratos de consumo⁴⁰.

3.6. Revisão dos contratos de consumo de execução diferida no tempo. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*

Noticia-se que a cláusula *rebus sic stantibus* teria aplicabilidade já entre os romanos⁴¹ e que originalmente era aplicada para restabelecer o equilíbrio do contrato tal como formulado à época da celebração, desde que - por um evento futuro e incerto, porém previsível, mas que no momento do fechamento do pacto não foi levado em consideração - gerasse no curso da execução do contrato uma onerosidade excessiva para uma das partes, acarretando de conseguinte seu empobrecimento; e, em contrapartida, anotando-se um favorecimento econômico no vetor oposto, ou seja, o enriquecimento sem causa da outra parte contratante⁴².

40 Cf. idem, p. 137.

41 SIDOU, J. M. Othon, apud CUNHA, Fernando A. Muniz da. Op. Cit., p. 19.

42 Nesse sentido CUNHA, Fernando A. Muniz da. *Correção Monetária*... p. 19-21.

A lei francesa denominada *Failliot* acrescentou à cláusula *rebus sic stantibus* a imprescibilidade - além dos outros requisitos que a citada cláusula exigia⁴³ - em relação ao evento superveniente e para que o contrato pudesse ser revisto. Assim, em vez de recrudescer o novel instituto, ao reverso, delimitou-o, restringindo o campo de sua aplicabilidade.

Assim, a teoria da imprevisão corresponde a um *minus* em relação à cláusula *rebus sic stantibus*. Jamais poderia ser aplicada às relações típicas de sociedade de massa quando da ocorrência de fato futuro e incerto, porém previsível, mas que gerasse uma onerosidade excessiva para o contratante débil - no caso dos contratos de consumo de aderência a condições gerais - em contrapartida ao enriquecimento sem causa da parte contratual mais poderosa (fornecedor de bens ou serviços).

Entre nós, às relações contratuais de consumo é aplicada a cláusula *rebus sic stantibus*, com a nova roupagem do artigo 6º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bastando para a revisão da avença a comprovação da quebra da base objetiva do negócio jurídico, ou seja, a destruição da relação de equivalência entre os contratantes e a frustração do fito negocial⁴⁴, sem a necessidade de ser imprevisível o evento superveniente que a ocasionou.

43 Cf. CUNHA, Fernando A. Muniz da, Op. Cit. p. 17, onde o Autor destaca como requisitos da teoria da imprevisão os seguintes: a comutatividade das prestações com inaplicabilidade aos contratos aleatórios, a reciprocidade das prestações, amparo do prejudicado credor ou devedor, a onerosidade excessiva de um contratante, o correspondente lucro excessivo do outro contratante, a gravidade da modificação por acontecimento extraordinário, a imprevisibilidade do acontecimento extraordinário, a ausência de contribuição do contratante prejudicado para o acontecimento extraordinário e não se encontrar em mora o prejudicado.

44 LARENZ, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: ERDP, 1956. p. 225. Nessa obra o Autor esboça a diferença entre as bases subjetiva e objetiva do negócio jurídico, além de tratar dos acontecimentos fáticos que acarretam, via de regra, a sua destruição.

Pela simples leitura do dispositivo supra mencionado, chega-se à conclusão rasa de ser absolutamente despicienda, para o exercício do direito à revisão do contrato, a imprevisibilidade das circunstâncias supervenientes que frustraram a finalidade inicialmente colimada pelo negócio jurídico.

Deve o julgador, sob os auspícios das premissas da ordem pública e do interesse social consagradas no diploma do consumidor, buscar o restabelecimento da justiça e da utilidade da avença, através da recomposição do equilíbrio econômico-negocial, mantendo o sinalagma funcional do pacto.

Exemplo claro das considerações ora esposadas pertinem aos pedidos formulados ao poder judiciário no ano de 1999 – através de medidas cautelares inominadas ou através de ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela – em todo o país⁴⁵, consubstanciados na revisão das cláusulas constantes de contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil – que por natureza são contratos de trato sucessivo ou de execução diferida no tempo – que previam o reajuste das parcelas pela variação cambial.

Impende demonstrar que a maioria dos pedidos foram concedidos *ab initio* nos autos, via liminar, com base no pré-citado artigo 6º, da Lei 8.078/90, autorizando-se o depósito das parcelas corrigidas com esteio em índices oficiais, tais como, o IGP-M e o INPC.

45 Entre nós, pernambucanos, a primeira liminar concedida determinando a revisão de cláusula de contrato de *leasing*, que previa o reajuste das parcelas pela variação cambial, foi proferida no dia 03.02.99, pelo juízo de direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Recife/PE (Ação Ordinária com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional - Proc. nº 00199001173-0).

4. CONCLUSÃO. POR UM RECRUESCIMENTO DA INDUÇÃO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-CONSUMERISTA

Muito embora as limitações existentes à interpretação consumerista tenham por escopo o valor segurança, é curial repisar que a unicidade do universo jurídico deve ser observada na atividade exegética, não podendo, ao nosso ver, estar o intérprete preso à letra fria da lei, que, por vezes, contraria certos princípios maiores contidos no ordenamento jurídico.

O princípio da legalidade no direito do consumidor deve ser observado a partir de uma visão sistematizada do ordenamento jurídico estatal⁴⁶, caso nos limitemos a uma visão eminentemente legalista. Essa sistematização é fundamental para que a dinamização necessária à experiência jurídica se verifique nos moldes de um dever-ser social vital para que o sistema se autolegitime.

Assim, não deve o intérprete se ater exclusivamente ao princípio da legalidade ao cogitar da subsunção de fatos a normas no âmbito do direito do consumidor, haja vista a possibilidade de existirem casos que podem ser solucionados com a utilização do método indutivo-dedutivo⁴⁷, em que se faz necessária a ilação do caso concreto (realidade particular) para a norma (fórmula geral abstrata).

É fato que o dirigismo do contrato pelo Estado, independentemente da forma pela qual se manifeste, é de extrema importância para o resguardo da ordem pública e

46 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998. *passim*.

47 Sobre dedução e indução como métodos mentais de raciocínio ver SCUTO, Cláudio. *O que é Pensar Sociologicamente?* São Paulo: EPU, 1987. *passim*.

do interesse social. Sem ele, a liberdade de contratar perde o contato com a realidade, prejudicando a exata compreensão do fenômeno contratual e a própria aplicação do direito⁴⁸.

Em especial, o dirigismo contratual judicial assume papel primordial quando da revisão dos contratos de execução diferida no tempo, mormente nas relações de massa de natureza consumerista, possibilitando ao consumidor médio o acesso aos produtos e serviços imprescindíveis à satisfação de suas necessidades vitais, sem a imposição de técnicas comerciais abusivas, o que garante, ao menos em tese, sua dignidade como ser humano⁴⁹.

48 Cf. LÓBO, Paulo Luiz Neto, *Dirigismo Contratual*, p. 77.

49 No mesmo sentido STIGLITZ, Gabriel, *Op. Cit.*, p. 185.

5. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, a. XXII, n. 16, 1985.

COSSIO, Carlos. *La Teoria de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1960.

CUNHA, Fernando A. Muniz da *Correção Monetária no Direito Imobiliário*. São Paulo: Sug. Literárias, 1979.

DINIS, Melillo. Elementos para uma Hermenêutica Jurídica Popular (O "Uso Alternativo" do Direito). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 03, 1995.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Beck: München, 1977. v. II

_____. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: ERDP, 1956.

LÓBO, Paulo Luiz Neto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Dirigismo Contratual*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 52, p. 64-77, abr./jun., 1990.

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Pressupostos Gerais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 134-141, abr/jun. 1993.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima: **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Pontes de: **Tratado de Direito Privado**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo XXXVIII.

NEVES, Marcelo: **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PERELMAN, Chaim: **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUTO, Cláudio: **O que é Pensar Sociologicamente?** São Paulo: EPU, 1987.

STIGLITZ, Gabriel. O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. Trad. de FRADERA, Vera Jacob de: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 1, p. 184, 1999, mar., 1992.

TEUBNER, Gunther: **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

TORRÉ, Abelardo: **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Perrot, 1991.

WARAT, Luis Alberto: **O Direito e Sua Linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

WILHELMSSON, Thomas: Regulação de Cláusulas Contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 18, p.9-21.

A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Fábia Amaral de Oliveira Mello

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Assessora Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de
Pernambuco. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. AS PROVAS ILÍCITAS E SEU ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. 3. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É sabido que, para o juiz declarar a existência da responsabilidade criminal e impor a sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário estar o mesmo convencido da ocorrência de um ilícito penal e da autoria do crime. Para tanto, deve chegar à conclusão de serem verdadeiros determinados fatos.

As afirmações feitas pelo autor podem corresponder ou não a verdade. E a elas se contrapõem as afirmações feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das alegações feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos elementos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

O Código de Processo Penal, no art. 155, parece impor restrições apenas às provas relativas ao estado das pessoas, prevendo como outros meios a perícia, os documentos, as testemunhas, as declarações do ofendido e a confissão do acusado e seu interrogatório, os indícios e outras formas indiretas de produção probatória. Contudo, na verdade, essas não são as únicas espécies de provas, existindo outras como a gravação de conversa telefônica, a fotografia etc., não previstas, obviamente, pelo legislador de 1941, mas cogitadas pelo constituinte de 1988. Todavia, o uso dessas espécies de provas cerca-se de restrições e cautelas para não haver colisão com outros direitos e garantias esculpidos na Carta Política.

A Constituição Federal de 1988 cuidou de erigir ao status constitucional muitos institutos relativos ao processo penal, definindo-os com um caráter eminentemente acusatório e regendo-os sob os princípios da ampla defesa, do contraditório, da legalidade, e, sobretudo, priorizando o direito de liberdade de locomoção ou informação e expressão, e o direito à intimidade.

Nesse toar, o princípio da legalidade sustentou todos os demais preceitos constitucionais elencados no capítulo dos direitos e garantias individuais, estabelecendo a necessidade de previsão legal para fundamentar qualquer ato capaz de atingir a esfera jurídica alheia.

Por meio desses direitos e garantias, buscou o constituinte garantir o direito à liberdade em todos os seus aspectos, particularmente o da liberdade de informação, comunicação e expressão. Para enfatizar essa garantia elevou à categoria constitucional o direito à intimidade e à privacidade.

Sob o pálio desses princípios, o legislador reforçou normas existentes no direito processual penal relativo às provas, asseverando a inadmissibilidade daquelas obtidas por meio ilícito, conforme explicitado no inciso LVI, art. 5º, da CF de 1988.

As provas ilícitas podem ser definidas como aquelas em cuja obtenção há violação de norma de direito constitucional e, até mesmo, de direito material, isto é, a prova é ilícita quando obtida com desrespeito a um direito tutelado a determinada pessoa, independentemente do processo.

A doutrina distinguia a prova ilícita da ilegítima. Esta era expressamente vedada pela legislação processual penal. Como exemplo citava-se a regra do art. 233 do Código de Processo Penal: "as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo". Todas as demais provas obtidas com violação de princípios constitucionais e normas de direito material, como por exemplo, o depoimento conseguido mediante tortura, a busca domiciliar sem mandado judicial, o detector de mentiras etc., eram, por sua vez, consideradas ilícitas. Atualmente, uma e outra espécie de prova estão abrangidas pela proibição advinda da Lei Maior, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois, nos dois casos, haverá manifesta ilegalidade.

A questão da interceptação telefônica, como uma das espécies de prova ilícita, também foi tratada em âmbito constitucional, assim dispendo o art. 5º, XII:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso,

por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

contudo, a condicionou à prévia autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos exatos que dispuser lei ordinária, cuja superveniência tornou-se condição de aplicabilidade do dispositivo constitucional. Adveio, pois, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, estabelecendo as hipóteses de autorização para a interceptação de comunicação telefônica, do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, exigindo do juiz uma decisão fundamentada a respeito.

Observa-se, assim, que o direito à ampla defesa e ao contraditório não é absoluto, mas relativo, porque limitado à produção de provas lícitas e legítimas com vistas a proporcionar o devido processo legal.

2. AS PROVAS ILÍCITAS E SEU ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

No exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de tal modalidade de prova não poder jamais ser admitida no processo, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, dessa forma, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Embora esteja em jogo a apuração de infração penal de maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, em hipótese alguma, de prova obtida por meio ilícito para

condenar o réu, embora nela reste evidenciada, sem sombra de dúvida, a culpabilidade do acusado.

A posição da doutrina é acompanhada pela jurisprudência, sendo importante ressaltar ter o Pretório Excelso, quando do julgamento da ação penal contra o então presidente Collor de Mello e Paulo César Farias, firmado entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, através da manifestação unânime do plenário.

Nesse passo tornou-se possível a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, o que se convencionou chamar de prova ilícita por derivação.

Essa ocorre quando provas obtidas de maneira ilícita propiciam o conhecimento de outras, cuja colheita se faz lícitamente, mas que seriam impossíveis sem a informação obtida através da prova ilegal.

Essas situações davam (e continuam a dar) margem a grandes discussões sobre a admissibilidade dessa prova derivada, com duas posições opostas: a primeira, defendendo a inadmissibilidade da prova derivada; e a segunda, sustentando a admissibilidade da prova derivada, posto ser lícita sua obtenção.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu regras de exclusão da prova ilícita, não admitindo o seu emprego no julgamento do acusado. Tais regras possuem a finalidade de evitar condutas ilegais da polícia, fim esse só atingido se provas assim obtidas não puderem ser utilizadas no julgamento; manter o imperativo da integridade judicial, não podendo os tribunais admitir a utilização de provas ilícitas, porque isso equivaleria a se tornar cúmplice da ilegalidade policial, o que corromperia o julgamento; e

assegurar ao povo que a acusação não será beneficiada pela conduta ilegal das autoridades públicas (policiais), diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do governo.

Com o objetivo de dar efetividade a essas finalidades, a Suprema Corte Americana desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Na doutrina brasileira, paralelamente, o Professor Vicente Greco Filho alude ao princípio da causalidade.

No Brasil, no julgamento do HC 69.912 – RS, em que os réus foram condenados com base em interceptação telefônica, cuja autorização judicial deu-se antes da regulamentação do art. 5º, XII, o STF, por 6 votos a 5, primeiramente repeliu a teoria da árvore dos frutos envenenados, admitindo serem válidas as provas ilícitas por derivação. No entanto, posteriormente, por se verificar que um dos Ministros que votou favoravelmente à admissibilidade das provas estava impedido, foi realizada nova sessão, modificando-se a votação para 5 x 5, com a conseqüente concessão do habeas corpus, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento do STF. Assim, nessa segunda votação, acolhendo a teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal anulou o processo a partir da prisão em flagrante.

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art.

5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência das provas livres da contaminação e suficiente a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.

A polêmica persistiu já que o próprio STF ficou dividido. No entanto, com a aposentadoria de um ministro favorável à tese da inadmissibilidade da teoria, assumiu o Ministro Maurício Corrêa, que no julgamento do HC 72.588-PB, votou a favor da aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados. Desse modo, a partir daí, o STF

tem nova posição majoritária, admitindo, por apertada margem (6 x 5), a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

José Carlos Barbosa Moreira¹ critica "a precipitação em importar, de maneira acritica" a teoria dos frutos da árvore venenosa, "nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem". E indaga se tal corrente doutrinária seria adequada à nossa realidade, de modo especial na área da "criminalidade organizada", concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente "em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico", combate este que "também é um valor constitucional" incluído no art.º 5º, XLIII, que prevê, "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Esse entendimento serve para demonstrar como algumas posturas doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que em defesa e respeito à Constituição, podem contribuir para a impunidade.

É importante observar, contudo, que a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova ilegal, não se aplicando às provas sem relação com a contaminação. Desse modo, a presença de prova ilícita não impede o recebimento da denúncia, não podendo se falar de sua inépcia ou nulidade do seu recebimento ou do processo,

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113-114. (Série Temas de Direito Processual)

caso existam outras provas independentes da contaminada. Também não implica nulidade da condenação se essa tiver se dado com base em provas independentes da ilícita.

3. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

O inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal está inserido no Título II que trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", cujo Capítulo I cogita dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Examinando o mencionado art. 5º, verifica-se, com facilidade, estarem ali, igualmente resguardados, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como expresso no *caput* do dispositivo.

No nosso ordenamento jurídico não é possível estabelecer, em tese, quais os direitos, princípios ou valores devem prevalecer e quais devem ser sacrificados. De acordo com a doutrina moderna, a convivência das liberdades obriga a uma relativização dos direitos e também à busca pela melhor forma possível de acomodá-las. Assim, há de se entender que a problemática das provas ilícitas impede ao intérprete ver a proibição de seu uso como absoluta (interpretação em sentido literal), pois, como é notório, o processo é essencialmente dialético, entrando, na maioria das vezes, em conflito dois ou mais interesses ou valores e, até mesmo, princípios constitucionalmente assegurados.

O emprego dessa doutrina pode ser exemplificado pela observação do julgamento do HC 70.814-SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que se admitiu a interceptação de correspondência:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem pública, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Em sede de provas ilícitas, a doutrina procura fornecer meios concretos aos julgadores para que eles possam proceder a uma melhor análise da sua problemática em face da necessidade de sua admissibilidade em muitos casos. Dessa forma, o primeiro passo para verificação da ilicitude de uma prova deve basear-se na constatação da real violação de um determinado bem jurídico protegido pelo ordenamento. Se não houver essa violação, sua admissibilidade será indiscutível.

Nesse sentido, destaca-se a teoria da proporcionalidade. Essa teoria nada mais é que um desdobramento natural do princípio da razoabilidade, comumente citado em outros ramos do direito. De acordo com esse princípio, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens da providência superam, de longe, as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor, ou seja,

objetiva aferir compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas, com lesão aos direitos fundamentais.

Muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota.

Com base nesse princípio, a doutrina e a jurisprudência procuram mitigar o aparente caráter absoluto do art. 5º, LVI, da CF, admitindo, em alguns casos excepcionais, a utilização no processo da prova ilícita.

Discorrendo sobre o critério da proporcionalidade, esclarece Ada Pellegrini Grinover² que "os tribunais da então Alemanha Federal têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes".

A crítica que se costuma fazer ao Princípio da Proporcionalidade reside no subjetivismo existente, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir riscos para a segurança nacional.

A utilização de prova ilícita em favor da defesa, entretanto, é aceita unanimemente pela doutrina em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Neste caso, quando o réu obtém a prova de modo ilícito, entende-se haver confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, com valor maior, a liberdade individual.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE, Antonio; MAGALHÃES, Antonio. *As nulidades no processo penal* 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 134.

Há autores que entendem existir nesse caso uma excludente de ilicitude (legítima defesa, por exemplo), considerando ser lícita a prova obtida pelo réu.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15.8.97 e HC 75.261, sessão de 24.6.97, ambos da Primeira Turma. (STF – 1ª Turma – Rextr. Nº 212.081-2/RO – Rel. Min. Nelson Jobim, 11.3.98 – Informativo STF nº 102, março de 1998).

Em sentido oposto, outros doutrinadores dizem da dificuldade de simplesmente se transpor a teoria da excludente de ilicitude para o direito processual, pois os princípios e garantias, assim como os objetivos do direito penal e processual, apesar de não discrepantes, não são de todo semelhantes. Não haveria, portanto, como aplicá-la ao direito processual sem repensá-la por inteiro, posto não ser possível isolar uma norma do seu sistema jurídico, já que algumas funções continuariam as mesmas, enquanto outras ficariam prejudicadas.

Em relação à utilização da prova ilícita pela acusação, quase todos os autores manifestam-se contrariamente à sua possibilidade; dentre os mesmos destacam-se Ada

Pelegrini Grinover³, Luiz Flávio Gomes⁴ e Antonio Magalhães Gomes Filho⁵. Raros são os que admitem o emprego da prova ilícita a favor da acusação, entre eles Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha⁶ e Antônio Scarance Fernandes⁷.

Barbosa Moreira, criticando a corrente que só admite a aplicação da prova ilícita pela defesa, diz o seguinte:

se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em cheque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas no Processo Penal*. Novas Tendências do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 66.
4. GRINOVER, Ada. *As nulidades...*, p. 147-148.
5. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 106-107.
6. *Op. cit.* 50 e 54.
7. FERNANDES, Antonio Scarance. *A Lei de Interceptação Telefônica*. São Paulo: RT, 1997. p. 51-52.

sucedem, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefão' local⁸.

Essa postura, entretanto, vem mudando, já que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido em alguns casos o emprego da prova ilícita *pro societate*:

Constitucional e Processual Penal. 'Habeas Corpus'. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso

⁸ MOREIRA, Op. cit., p. 112-113.

LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito' não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' ('verfassungsaktualisierung'), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' ('reasonableness'). O 'princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas' ('exclusionary rule') também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – nº 13/96, p.217).

É verdade que nem toda prova ilícita *pro societate* deve ser admitida no combate ao crime hediondo ou equiparado cometido por organização criminosa. Todavia, o princípio da proporcionalidade impõe sempre se levar em conta, caso a caso, os direitos e interesses em confronto. Se a própria Constituição tratou com bastante severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLV), para combatê-los talvez seja admissível a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes

forem executados por organizações criminosas. Nesses casos, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, também direito fundamental (art. 5º, *caput*) igualmente assegurado pelo Estado (art. 144, *caput*).

4. CONCLUSÃO

No processo penal, ao juiz, em nome da verdade real, diferentemente do processo civil, no qual a satisfação com a verdade formal sobreleva o poder dispositivo das partes e ultrapassa o impulso oficial, concede-se, por força do art. 156, do CPP, o poder de determinar *ex officio* diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. Entretanto, o seu poder está adstrito ao princípio da legalidade, de maneira a não lhe ser dado conotar o processo com um caráter inquisitivo.

Coligidas as provas necessárias e suficientes conforme o prudente arbítrio do juiz, cabe-lhe apreciá-las livremente, desvinculadas de qualquer uma, formando uma cognição judicial harmônica e consentânea com os elementos carreados nos autos.

O provimento jurisdicional definitivo lastrear-se-á, portanto, nas provas obtidas pela realização do devido processo legal, com respeito a todos os direitos e garantias constitucionais, isto é, nas provas lícitas que não ofendam o direito material e os postulados insertos na Carta Política.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são direitos absolutos, de modo que, em alguns casos, podem ser restringidos com a finalidade de assegurar a preservação da ordem pública.

Para temperar a aparente rigidez da norma constitucional que proíbe o uso no processo das provas obtidas por meios ilícitos, faz-se necessária uma construção baseada em métodos que permitam articular o raciocínio de forma hábil, para que se possa almejar resultados justos nas soluções dos casos concretos. Para tanto se faz indispensável um sistema aberto a novas soluções, sem se estabelecer métodos de interpretação hierarquizados sob uma estrutura rígida. É o mesmo se diga em relação aos princípios, pois há casos nos quais poderá prevalecer um princípio no lugar de outros. Essa mobilidade permite alcançar mais facilmente a justiça no caso concreto, e, ao mesmo tempo, dá mais segurança e credibilidade ao sistema.

Como forma de atingir esse equilíbrio surge o princípio da proporcionalidade. Desse modo, a regra proibitiva do art. 5º, LVI, da CF não pode ser tida como intransponível, devendo ceder quando em confronto com o direito à ampla defesa, levando, assim, a admissão da prova ilícita em favor do réu. Essa mesma regra também deve ser aplicada em favor da acusação, quando em causa o combate aos crimes mais graves, principalmente, se esses são perpetrados por organizações criminosas.

5. REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A Lei de Interceptação Telefônica**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24/07/96**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, ANTONIO SACARANCE; ANTONIO MAGALHÃES. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas no Processo Penal**. Novas Tendências do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas**. Editora Saraiva, 1997. (Temas de Direito Processual).

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Humberto Theodoro Júnior
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Minas Gerais. Desembargador Aposentado do Tribunal de
Justiça do Estado de Minas Gerais. Doutor. Advogado.

SUMÁRIO

1. FONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS PROVISÓRIAS. 4. DOS DANOS INDENIZÁVEIS E SUA EXECUÇÃO. 5. RISCOS DECORRENTES DA ALTERAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO SOCIAL POR MEIO DE MEDIDA JUDICIAL PROVISÓRIA. 6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES INVESTIDOS POR FORÇA DE MEDIDA JUDICIAL PROVISÓRIA. 7. CONCLUSÕES.

1. FONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Definir o que é direito é missão que tem causado seriíssimas controvérsias no meio científico. O espírito prático do jurista romano, todavia, logrou resumir todo o complexo do direito em três preceitos fundamentais de grande singeleza e de fácil percepção: o direito se resume na exigência de viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu.

Quem pauta sua conduta em sociedade pela observância de tais preceitos comporta-se licitamente e pode contar com a tutela da ordem jurídica. Quem age de modo contrário a eles, pratica ato ilícito e, por isso, sujeita-se às sanções cominadas pelas normas jurídicas.

Dentre as sanções com que o direito pune o infrator de seus preceitos destaca-se a responsabilidade civil, que vem a ser a obrigação, atribuída a todo aquele que, por ação ou omissão, causa dano a outrem, de indenizar a vítima de seu ato ilícito.

Para se chegar à responsabilidade civil é preciso ter presente que o mundo do direito se desenvolve no plano da vontade e que, por isso, para descobrir-se a obrigação de indenizar, há de passar-se por vários níveis de interpretação do fato danoso: primeiro, ter-se-á de imputá-lo fisicamente a um agente que, segundo as leis naturais, tenha desencadeado o fenômeno; depois, ter-se-á de imputá-lo moralmente, ligando-o a um ato de vontade do agente; finalmente, proceder-se-á à imputação jurídica, por meio da qual o dever de indenizar será visto como presente em face da conduta física e voluntária da qual adveio o dano.

Dessa maneira, a responsabilidade, cuja matriz se localiza no art. 159 do Código Civil, nasce, em princípio da conduta preexistente, imputável ao agressor do patrimônio alheio. Dentre os elementos mínimos necessários à gênese da obrigação de indenizar encontra-se, portanto, a **culpa**, como requisito ético da **imputabilidade**.

De duas maneiras esse elemento subjetivo se manifesta: pelo **dolo**, quando o agente dirige intencionalmente sua conduta para provocar o dano, e pela **culpa em sentido estrito**, quando sem desejar propriamente o dano, o agente não cuida de evitá-lo. Esse tipo de culpa, portanto, pressupõe também conduta voluntária diversa da que seria necessária. Equivale à "omissão das diligências devidas para constituir a conduta

incensurável"¹. Diz-se que a pessoa houve-se com culpa ou porque "fez menos do que o devido (negligência)" ou porque "se atreveu a fazer mais do que o devido (imprudência)"².

A culpa, qualquer que seja sua dimensão, se refere, sempre, à condição psicológica do agente em face das normas jurídicas de conduta. Será investigada, invariavelmente, no componente subjetivo da conduta antijurídica do eventual responsável, já que pressupõe a reprovabilidade do modo de agir da pessoa a que se pretende imputar o dever de ressarcir.

Violado um dever de conduta preexistente, tem-se configurado o ato ilícito que faz originar a responsabilidade civil, caso concomitante surja desse ato um dano injustamente suportado pela vítima. Dar-se-á, nesse quadro, a conjunção dos três elementos indispensáveis da responsabilidade civil subjetiva: o dano, o ato ilícito culposo e o nexo causal entre eles.

Não parte a responsabilidade civil de um só desses dados constitutivos do dever de indenizar. Não basta a presença do dano nem tampouco é suficiente a ocorrência da ilicitude isoladamente, para configurar-se a obrigação de indenizar. É da reunião de todos eles que a responsabilidade civil prevista no art. 159 do Código Civil surge. Os danos provocados na esfera alheia pela conduta lícita daquele que exerce regularmente seus direitos subjetivos, nessa ordem de idéias, não podem provocar o dever de indenizar, pois, segundo a norma do art. 160 do

1 ALTERIW, Atlio Anibal. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1907, n. 103, p. 94.

2 *Idem*, *Ibidem*.

Código Civil, não correspondem a ato ilícito e, assim, comportam-se dentro da âlea e dos constrangimentos a que se sujeitam todos que juridicamente se relacionam. Pelos desfalques patrimoniais, v. g., sofridos pelo devedor que não logra saldar seus débitos e que, por isso, se expõe a medidas executivas ruinosas, obviamente não responderá civilmente o credor que, no exercício regular de seus direitos, protestar seu título de crédito ou promover a respectiva execução judicial. Há, na convivência social, infortúnios e prejuízos que o homem de bem e a sociedade organizada não conseguem impedir nem têm como sancioná-los.

O ser humano, destarte, está na vida em comunidade exposto a alguns riscos e a certos prejuízos para os quais não há ressarcimento e que haverão de ser suportados pela própria vítima. Para esse tipo de lesão, não se encontra na ordem jurídica um responsável, em sentido técnico, pela reparação. Se a conduta daquele que interfere no patrimônio alheio é conforme o direito, é amparada pelos critérios jurídicos eleitos pela sociedade, não há base para exigir-lhe a observância do dever civil de indenizar. Só alguma norma especial, dentro do ordenamento jurídico poderá, em caráter excepcional, dispor de modo diverso.

É bom ressaltar que, embora o princípio geral seja o de somente impor o dever de indenizar a quem age com culpa na causação do dano, o certo é que, às vezes, a lei se afasta desse critério, para estatuir a denominada responsabilidade civil objetiva, fundada apenas no nexo causal entre o prejuízo e o comportamento do responsável, mesmo que não seja este censurável. É que a consciência social constata que da atividade legítima de alguns agentes

ou de algum grupo deriva risco exagerado para outras pessoas ou para outros grupos, de forma que os prejuízos decorrentes da atividade humana não se acham divididos e suportados de forma eqüânime, justa ou ideal. Em semelhante conjuntura, elege a lei, objetivamente, alguns responsáveis pelo infortúnio, em razão de outros valores que não a reprovabilidade da conduta, que não a culpa.

Surge, então, o dever **objetivo** de indenizar. Alcinhada de teoria do risco, essa teoria da responsabilidade civil apregoa a imputabilidade sem culpa. Ensina ALTERINI:

Esta teoria prescinde de la subjetividade del agente, y centra el problema de la reparación y sus limites en torno de la causalidad material, investigando tan sólo cuál hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuirselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de la sucesión de sus elementos tradicionales - que arrancan de la ilicitud objetiva del obrar y se continúan con la culpabilidad del agente -, y se contenta con la transgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo ajeno³.

A teoria do risco, porém, se adotada como cláusula geral, levaria a extremos de injustiça e a situações completamente indesejadas, porque nocivas ao equilíbrio das relações jurídicas e à paz social.

3. *Idem*, n. 119, p. 106

Os ordenamentos jurídicos de todo o mundo, portanto, adotam a responsabilidade civil fundada na culpa como regra geral, por ser tradução mais satisfatória dos anseios de justiça social, e temperam-na com disposições de exceção, quando a lei especialmente eleja objetivamente um responsável pelos danos. Como resultado de um equacionamento racional de lucros e prejuízos decorrentes de determinada atividade humana, o legislador acaba por escolher qual o segmento social que, em determinadas circunstâncias, deve suportar os prejuízos patrimoniais provocados, de tal sorte que, ao final, a sociedade assista a uma distribuição justa de benefícios e de ônus.

A atribuição objetiva de responsabilidade, porém, não fica a critério do juiz ou de quem aplique o direito. É operação que cabe ao legislador, enquanto expressão de valores e vontades da sociedade que o investe de poderes representativos. Portanto, só quando o ordenamento jurídico determina que certos agentes dedicados a atividades específicas, que causem demasiado risco ou extraordinário perigo à incolumidade das pessoas, hajam de responder pelos danos que provocaram, é que haverá de se imputar o dever de indenizar à margem da culpabilidade. E de forma diversa não poderia ser, já que a Constituição brasileira elegeu, entre os princípios fundamentais do Estado democrático brasileiro, o Princípio da Legalidade. Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. A fonte do dever de indenizar, segundo a responsabilidade objetiva, nessa ordem de idéias, é a lei.

Em suma: do exercício regular de direitos subjetivos não nasce o dever de indenizar (art. 160 do C. Civil).³

menos que a lei disponha de forma diversa e eleja um responsável pelo infortúnio alheio. Nessa hipótese, não será a culpabilidade o elemento determinante da responsabilidade. Será a lei, que segundo valores sociais e ideológicos determinará, de modo objetivo, a pessoa ou classe de pessoas que deverá suportar os prejuízos acarretados pela atividade humana, ainda que não culposa.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Exposta, em linhas gerais, a teoria da responsabilidade civil tal qual admitida pelo ordenamento pátrio, poder-se-ia afirmar que o exercício regular do direito de ação perante o Poder Judiciário não geraria o dever de indenizar os danos acaso acarretados à contraparte. Todavia, o Código de Processo Civil brasileiro previu a conduta anômala e nociva no âmbito processual como causa de pretensão indenizatória. E, ao cuidar dos prejuízos que a atividade processual dos litigantes pode provocar, optou por um sistema misto de responsabilidade civil, ora atribuindo, objetivamente, à parte dever de indenizar, ora condicionando a obrigação ressarcitória à verificação da existência de conduta culposa.

A fonte legal da responsabilidade civil, portanto, não se localiza apenas na disciplina do direito material. Também na regulamentação do exercício das faculdades inerentes ao processo e ao direito processual está prevista a possibilidade de o litigante contrair a obrigação de reparar dano que sua conduta em juízo tenha causado ao adversário.

Conforme ensina GALENO LACERDA, o sistema do Código de Processo Civil alberga duas categorias de responsabilidade indenizatória, que podem, inclusive, ser impostas concomitantemente:

- a) **subjetiva**, isto é, fundada na culpa, a que é regulada pelos arts. 16 a 18, imposta ao litigante que age com improbidade ou de forma temerária; e
- b) **objetiva**, isto é, sem o pressuposto do elemento psicológico, quando impõe ao sucumbente o dever de pagar os encargos descritos no art. 20. E, também, quando obriga a parte a ressarcir os danos decorrentes da execução de medida cautelar ou da execução provisória (art. 811)⁴.

Com efeito, o art. 811, sem cogitar de qualquer ato doloso ou culposo do requerente, dispõe que este responderá pelo prejuízo causado ao requerido pela execução da medida cautelar, sempre que ocorrer frustração dos propósitos instrumentalizados pela tutela preventiva⁵.

Convém ressaltar que essa responsabilidade civil deriva não do deferimento da pretensão cautelar, mas da efetiva execução do provimento. Além disso, não de ser distinguidas as medidas constritivas e restritivas de direito

4 GALENO LACERDA. Comentários ao Código de Processo Civil, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III, t. 1.

5 "Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação de eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar".

das que se portam apenas com força administrativa, como as exhibitórias e antecipatórias de prova em geral. As primeiras são as que têm potencialidade para causar danos indenizáveis; já as não contenciosas ou administrativas, em regra, não geram lesão no patrimônio do requerido, a não ser as despesas processuais que se recuperam normalmente pelas regras da sucumbência no desfecho do processo principal. Daí porque a elas não se aplica o disposto no art. 811 do CPC⁶.

Acerca do disposto no artigo 811, e respectivos incisos do CPC, afirma JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO:

...aqui está consagrado, em exemplos, nada mais, nada menos, do que o princípio da sucumbência, que o Código adotou na sua parte inicial, com relação às custas e aos honorários de advogado. Agora, no Código atual, se no processo principal a sentença for desfavorável ao requerente do processo cautelar, tenha este agido ou não, com culpa, dolo, erro ou fraude, responderá pelo prejuízo causado, no arresto, no seqüestro, na busca e apreensão etc. Quer dizer, é, sem dúvida, a consagração, neste Código, do princípio da responsabilidade processual objetiva: não se cuida mais da intenção de lesar, da fraude ou dolo, mas, apenas se cuida de verificar se aquele que requereu um arresto, uma busca, uma exibição de livros ou um protesto etc., decaiu ou não, da sentença, na ação principal⁷.

6 GALENO LACERDA. *ob. cit.*, n. 81, p. 314.

7 Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. *Revista Forense*, 246-212.

Não é diferente a lição de CLITO FORNACIARI JÚNIOR:

*... no artigo 811 está prevista uma hipótese de **responsabilidade objetiva**, prescindindo por completo de qualquer indagação da intenção em causar prejuízo. Basta o fato objetivamente definido na lei para que haja a responsabilização do litigante⁸.*

Defensor da imputação objetiva da responsabilidade civil processual nessas hipóteses, CHIOVENDA justifica o acerto da opção nos seguintes termos:

*A ação de segurança é, portanto, ela própria, uma **ação provisória**, o que importa se exerça, em regra, a risco e perigo do autor, isto é, que este, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pela medida, tenha ou não culpa: pois é mais equo que suporte o dano aquele dentre as partes que provocou, em sua vantagem, a providência afinal tornada sem justificativa, do que a outra, que nada fez para sofrer o dano e **nada poderia fazer para evitá-lo** (grifos do original)⁹.*

Do mesmo pensamento comunga a doutrina brasileira, bem representada na lição de GALENO LACERDA:

⁸ Dos prejuízos decorrentes da execução de medida cautelar. *Revista AJuris*, v. 35, p. 73.

⁹ CHIOVENDA, apud GALENO LACERDA, *Comentários* cit., p. 312-313.

Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente de livre avaliação de risco. Daí, a contracautela do art. 804, como consequência lógica dessa responsabilidade. Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor¹⁰.

No mesmo sentido, pronuncia-se ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, invocando a lição de CALMON DE PASSOS, *in verbis*:

O fundamento da responsabilidade objetiva consagrada no ordenamento processual brasileiro, pelo Código de Processo Civil de 1973, diz CALMON DE PASSOS, denota um comprometimento ideológico do legislador com o valor segurança jurídica que imprime aos atos emanados do Poder, principalmente quando envolve interesses de natureza patrimonial, vindo daí que imputa àquele que se beneficiou economicamente, de modo provisório, em detrimento de outrem, o dever de indenizar, tendo em vista uma regulação definitiva dos interesses pelo Estado, cuja justiça ou injustiça da regulação está comprometida com a própria noção de definitividade¹¹.

¹⁰ GALENO LACERDA, *ob. cit.*, p. 313.

¹¹ PASSOS, Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. 11, p. 764.

Não há dúvida de que a Teoria do Risco, no campo da tutela cautelar, foi adotada pelo CPC e amplamente acatada pela doutrina, como melhor, mais justa e jurídica opção do legislador. Com efeito, tem-se a responsabilidade objetiva do art. 811

como contrapartida do juízo provisório e superficial que justifica a concessão da cautelar... Quem pleiteia em juízo, valendo-se apenas dos aspectos da probabilidade, há que indenizar a parte contrária sempre que esta, em um melhor exame, demonstrar a sua razão. É o risco e sua assunção andando lado a lado¹².

Não se trata, em síntese, de sancionar a má-fé, mas apenas de cobrar do promovente da medida cautelar o prejuízo acarretado ao requerido, visto que tudo se passou sob o pálio de um juízo provisório e superficial próprio da tutela emergencial prestada por conta e risco da parte que, afinal, veio a decair de sua pretensão. O dever de indenizar, *in casu*, configura um ônus que o promovente assumiu objetivamente, como risco inerente ao provimento cautelar que lhe foi proporcionado.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS PROVISÓRIAS

A responsabilidade civil do promovente de **medida provisória** de urgência decorre, pois, de disposição legal

¹² CLITO FORNACIARI JÚNIOR. *Dos prejuízos decorrentes da execução de medida cautelar*, *Ajuria* 35/78. (Grifado no original).

que prescinde da culpa e se contenta com o risco criado pela parte que se beneficia da tutela preventiva.

Fundamenta-se a responsabilidade objetiva do executante de medida provisória cautelar na necessidade de distribuição justa dos danos decorrentes da atividade judicial, que embora legítima e necessária, pode acarretar prejuízos injustos aos que a ela se submetem.

Destaca, ainda, GALENO LACERDA que o CPC brasileiro adotou, também, a responsabilidade objetiva para a **execução provisória** de sentença, derivada do art. 588, já que se trata de medida de igual natureza. Explica o respeitado professor que:

Vincula-se à idéia objetiva de ônus ou de risco processual, comum não apenas às ações cautelares, como à execução provisória da sentença. Neste sentido, a responsabilidade decorrente do art. 811 é da mesma natureza da derivada do art. 588, P¹.

De igual opinião comunga PONTES DE MIRANDA. A responsabilidade “em caso de execução provisória”, assim como no caso de medida cautelar, independe da malícia, do erro grosseiro ou da culpa, “porque também é objetiva a responsabilidade”¹⁴.

PONTES DE MIRANDA já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588, CPC, a toda e qualquer execução provisória fundada em “outros títulos que a sentença”¹⁵.

¹³ *Idem*, p. 313.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII, p. 99.

¹⁵ *Idem*, *ibidem*.

Dai se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam elas medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273), ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 588).

As medidas de antecipação de tutela não de receber igual tratamento das medidas cautelares, não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares - tutela provisória de urgência - como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao art. 588, submetendo-as ao disposto nos incisos II e III do citado dispositivo legal.

O inciso III, do art. 588 estabelece, expressamente, a responsabilidade civil do exequente (de sentença não definitiva ou de medida de antecipação de tutela) pela **restituição do requerido ao status quo ante**, caso sobrevenha "sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução". Ou seja, para surgir a obrigação ressarcitória, basta tão-somente a reforma da sentença ou da medida liminar, por decisão definitiva contrária ao exequente. Não se indaga de má-fé, de dolo ou culpa, grave ou leve. Basta que a parte tenha assumido o risco de promover em seu favor a execução de medida judicial provisória, despida de segurança e definitividade.

Já afirmava PONTES DE MIRANDA, com respaldo em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que

o exequente, na execução provisória, assume o risco de não ser vencedor na via recursal. A volta ao status quo ante por vezes acarreta indenização

de danos, inclusive morais. Não se indaga se houve dolo, ou culpa¹⁶. O ato de executar provisoriamente entra no mundo jurídico como ato-fato lícito, que dá causa à reparação, por se ter de repor o status quo ante¹⁷.

Também aqui, no artigo 588 do CPC, a responsabilidade não é aquiliana, ou fundada na culpa: é objetiva e decorre da vontade da própria lei, que prescinde do elemento subjetivo dolo ou culpa *stricto sensu*. Isso porque, na verdade, não se pode afirmar que o credor tenha praticado ato ilícito, desde que a execução provisória, nos casos admitidos em lei, é um direito seu, embora de conseqüências e efeitos aleatórios¹⁸.

Não enfraquece a tese da responsabilidade objetiva do exequente de tutela antecipada o fato de o legislador não ter feito, no art. 273, remissão ao inciso I do art. 588, em que há alusão expressa ao dever de "reparar os danos causados ao devedor". Primeiramente, há que se destacar que o comando principal desse inciso se refere à obrigatoriedade da prestação de caução. E foi a incidência dessa imposição que o legislador quis afastar das medidas de tutela antecipada. Ademais, substancialmente, não se pode vislumbrar qualquer distinção entre o dever de "reparar os danos causados" (inciso I) e a obrigação "restituir as coisas no estado anterior" (inciso III), considerando-se, em Direito, ambas as expressões sinônimas. Portanto, a simples remissão ao artigo 588,

16 STF, 2ª Turma, 9 de abril de 1948, R.F., 121, 98; 25 de janeiro de 1951, R. dos T., 209, 470.

17 MIRANDA, Pontes de. Cpl. cit., t. IX, p. 418.

18 Cf. nosso Processo de execução, 20 ed. São Paulo: Levid, 2000, p. 183. CASTRO, Amílcar de. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, 1974. v. VIII, p. 65.

inciso III é já suficiente a inserir a medida de antecipação de tutela dentre os atos provisórios cuja execução se faz por conta e risco do requerente, que fica obrigado, no caso de sucumbência, a indenizar amplamente o réu, independente de dolo ou culpa.

Há, outrossim, outro argumento que leva à idêntica conclusão. As medidas de antecipação de tutela acham-se vinculadas à cláusula legal de reversibilidade. Proíbe a lei a concessão de qualquer antecipação de tutela que crie simplesmente o perigo da irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). E para assegurar a reversibilidade, no caso de insucesso da parte autora no julgamento final da causa, é claro que o sucumbente deverá responder, amplamente, pela reposição das coisas no seu *status quo ante*. Isso se dará, independentemente de apuração de culpa ou dolo, porque se trata de emanção natural do sistema da lei, que assegura à parte a plena utilidade e completa efetividade dos resultados do processo.

Se, pois, a antecipação se dá sob a garantia legal de reversibilidade, e se a reversão terá de ser feita com a restituição das partes ao estado anterior, forçosamente, a recomposição patrimonial do prejudicado só poderá correr por conta de quem promoveu a execução de medida substancialmente provisória.

Por fim, impende concluir que se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de **um mesmo gênero – a tutela de urgência** –

porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte. É bom lembrar que no direito comparado nem sequer se faz a separação entre a medida cautelar e a medida antecipatória. Ambas se incluem no poder geral de cautela, onde, como, v.g., no direito italiano, no francês, no alemão etc., apenas se admite que se possa obter, sob o mesmo rótulo jurídico, medidas cautelares **conservativas** e medidas cautelares **antecipatórias**. Mesmo a doutrina brasileira tem admitido a fungibilidade dos procedimentos e flexibilidade dos juízos quando, concretamente, presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida, a parte tiver se valido do procedimento tecnicamente menos adequado¹⁹.

Conclui-se, pois, que, tratando-se de **tutela provisória**, todos os atos executivos que a parte promova precariamente, sujeitos à revogação posterior por ato judicial definitivo, conduzirão o autor a responder objetivamente pelos danos acarretados ao réu.

A redação do art. 811 e, também, a do art. 588, do CPC não deixam margem a dúvidas: basta que ocorram as hipóteses descritas em seus incisos para que nasça para a parte a obrigação de responder “pelos prejuízos que lhe (ao requerido) causar a execução da medida”, e de restituir “as coisas no estado anterior”.

¹⁹KAZUO WATANABE constata que muitas vezes medidas antecipatórias são pleiteadas em processos cautelares, quando, rigorosamente, deveriam ser formuladas no bojo do processo principal e concluídas, porém, que não admira, em situações assim, que seja aforada a ação cautelar inominada, ao invés da ação de conhecimento com pedido de tutela antecipatória, será ofender o princípio da proteção judiciária que assegura, como acima anotado, acesso à Justiça para a obtenção de tutela que seja efetiva, adequada e tempestiva” (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, p. 93).

Para fixação da responsabilidade civil do promovente da medida ou da execução provisória, não importa saber se agiu ele com fraude, malícia, dolo ou culpa *stricto sensu*. Pela sumariedade e excepcionalidade da medida judicial, exige-se que seu exercício se dê a conta e por risco do autor. Não há que se falar em presunção de culpa, pois o que se tem é pura e simplesmente a responsabilidade objetiva, à qual o elemento culpa é de todo estranho e dispensável²⁰.

Em sede de doutrina, já tivemos oportunidade de concluir que a responsabilidade civil em matéria de medidas cautelares ou provisórias rege-se, simplesmente, pelo princípio da sucumbência²¹. Mesmo que nenhum ato ilícito pratique o autor da ação cautelar ou da execução provisória, julgada improcedente a ação principal, ou extinta a eficácia da medida concedida, por alguma das causas arroladas no art. 811, injustos tornaram-se os efeitos dos atos executivos provisórios para a parte contrária.

Tudo se passa à semelhança do ato danoso praticado em estado de necessidade. O agente tinha o direito reconhecido de praticá-lo, mas, se a vítima não tinha o dever de suportar o prejuízo, cabe ao agente proceder ao competente ressarcimento, embora tenha agido na licitude (Código Civil, arts. 160, 1.519, 1.520).

20 Nesse sentido: LOPES DA COSTA, Medidas preventivas, 2a. ed., n. 61, p. 59. HAMILTON DE MORAES E BARROS, Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no código de processo civil de 1973, *Revista Forense*, 246-109. BARBI, Celso Agrícola, O processo cautelar no anteprojeto do código de processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 442-303.

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo cautelar*, 19. ed., São Paulo: Leuz, 2000, p. 176.

O direito subjetivo à tutela de urgência, também, é irrelevante diante da sujeição do autor à obrigação de reparar os prejuízos do réu, quando, afinal, venha reconhecida a inexistência do direito material disputado na ação principal a que serviu a medida preventiva.

Não se observa qualquer vacilo jurisprudencial acerca do tema, desde a entrada em vigor do novo CPC, sendo uníssona e remansosa a jurisprudência sobre a natureza da responsabilidade civil processual na espécie. Nesse sentido encontram-se inúmeros arestos, dentre os quais pode-se transcrever os seguintes:

Interpretação do art. 811, I, do Código de Processo Civil.

- A responsabilidade, no caso da medida cautelar, funda-se no fato da execução da medida, Independente da prova de má-fé do requerente²².

Consoante a melhor doutrina, o Código estabelece, expressamente, que responda pelos prejuízos que causar a parte que, de má-fé, ou não, promove medida cautelar. Basta o prejuízo, se ocorrente qualquer das espécies do art. 811, I a IV, do CPC e, nesse tipo de responsabilidade objetiva processual, o pedido de liquidação é formulado nos próprios autos, com simples invocação de qualquer dos fundamentos do art. 811 do CPC²³.

22 STF, RE 68.782/PR, Rel. Min. Cordivo Guerra, ac. 09.06.78, RTJ 67/665.

23 STJ, 3a. T., REsp. 127496/RJ, ac. 20.05.1997, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 22.09.1997, 3a. T., REsp. 11090/SP, Rel. Waldemar Zveiter, ac. 22.10.1991, DJU 22.10.1991.

4. DOS DANOS INDENIZÁVEIS E SUA EXECUÇÃO

Executada a medida judicial provisória posteriormente revogada, cassada ou extinta por força de decisão contrária definitiva, fará jus o réu à indenização se comprovar que da execução da medida decorreram danos. Tal comprovação, consoante prevê o art. 811, parágrafo único do CPC, far-se-á por meio de liquidação "nos autos do procedimento cautelar".

Em um antigo acórdão do TJRS encontra-se uma distinção que, a meu ver, não se justifica e que é a seguinte:

a) Na exegese contida no aresto a respeito do art. 811, parágrafo único, do CPC,

se a sentença de improcedência da ação cautelar ou da ação principal resultar ao autor a obrigação de prestar indenização ao réu, a apuração do quantum debeatur será feita em liquidação de sentença;

b) Mas, se houver necessidade de apurar a real existência do dano ou da relação de causalidade, necessário será o juízo amplo de cognição, a findar por sentença passível de apelação²⁴.

Uma ação condenatória, e não apenas uma liquidação, seria necessária na última hipótese.

Não me parece, data venia, razoável a distinção. Primeiro, porque o dispositivo legal que impõe a responsabilidade civil em análise não cogita de uma

²⁴ TJRS, 1ª CC., Ap. 37.219, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, ac. 23.03.82, R/TJRS 94/347.

condenação, mas sim, de uma obrigação de reparar que se funda diretamente na lei²⁵. Logo, basta a configuração de uma das hipóteses arroladas nos itens do art. 811 do CPC, para que se tenha como configurada a responsabilidade do promovente da medida cautelar pela reparação do prejuízo que ela causou ao promovido.

Segundo, porque o dispositivo legal, sem qualquer discriminação, autoriza a liquidação dos prejuízos a indenizar nos próprios autos do procedimento cautelar frustrado. Logo, pouco importa o tipo de dano que tenha a medida cautelar produzido. Sempre será liquidado, sem necessidade de ação condenatória. Necessário apenas será comprovar a ocorrência do prejuízo e seu nexo de causalidade com a medida cautelar.

Terceiro, porque a liquidação, tal como a disciplina o Código de Processo Civil, pode assumir a forma de procedimento ordinário, sempre que, para se chegar ao *quantum debeatur*, houver necessidade de alegar e provar fatos novos, ou seja, fatos não apurados anteriormente à sentença genérica (CPC, art. 608). Logo, não há motivo para se encaminhar a parte prejudicada para uma **ação ordinária de condenação** apenas porque a liquidação esteja a reclamar comprovação de fatos novos. Bastará usar-se o procedimento da "liquidação por artigos".

Por último, revela-se despido de maior significado o argumento de que haveria necessidade da ação de conhecimento, para propiciar um juízo mais amplo, "a findar por sentença passível de apelação". Ora, todo

²⁵ Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida...

procedimento liquidatório termina por sentença (CPC, art. 607, parágrafo único e 611) que, naturalmente, propicia o recurso de apelação (CPC, art. 520, III). Não há, pois, necessidade de remeter as partes para uma ação condenatória, tão-somente para promover juízo amplo e sujeito a recurso de apelação.

Dai que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

*a melhor exegese do art. 811, do código processual, conduz à conclusão de que quaisquer danos, porventura advindos da execução da cautela liminar, direta ou indiretamente, serão, em tese, liquidáveis nos próprios autos da cautelar, pelo procedimento que melhor se amoldar à espécie*²⁶.

Para ter direito à indenização, basta, pois, à vítima, demonstrar que houve dano e que o dano decorreu da execução da medida, nada mais²⁷. E isso, como explicita a lei, poderá ser liquidado nos mesmos autos do provimento cautelar²⁸, sem necessidade de prévia e expressa condenação, visto que se trata de responsabilização automática²⁹.

O entendimento de que os danos sofridos pelo requerido, decorrentes da execução de medida cautelar

26 STJ, 4a. T., REsp. 30368/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teves, ac. 07.06.1994, DJU de 31.10.1994.

27 STJ, 3a. T., REsp. 55.870/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 04.06.1996, RSTJ, 90/170.

28 STJ, 3ª T., REsp. 89.788/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 20.05.97, RSTJ/104/258. 29 JTA 52/186, NEGRAO Theodoro: *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 764.

ou antecipatória de tutela, podem ser liquidados e executados no próprio processo em que se deferiu a tutela provisória, corresponde à jurisprudência amplamente dominante nos Tribunais. A liquidação do montante devido a título de indenização, com efeito, se dará "nos próprios autos do procedimento cautelar frustrado"³⁰. E a execução da indenização independe de sentença condenatória "uma vez que a obrigação de indenizar deriva da simples extinção da medida cautelar", já que objetiva³¹.

Em suma:

*A obrigação de indenizar nos casos previstos no artigo 811, do Código de Processo Civil, que resulta da responsabilidade objetiva do autor da medida cautelar pelos prejuízos causados à parte contrária, não depende de condenação judicial, bastando a parte promover a liquidação, observados os meios previstos nos artigos 603 a 611, do Código de Processo Civil (TAPR, Ap. 124998900, Rel. Juiz Rogério Coelho, ac. 29.09.98)*³².

A indenização há de ser ampla, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, todos os prejuízos provenientes da limitação do poder de disposição ou de gestão do objeto submetido à medida cautelar ou

30 TACSP, AI 326.734, ac. 15.08.84, Rel. Juiz Wanderley Racy, LEX 92/131.

31 To. TACiv. SP, AI 419997-5, Rel. Juiz Maurício Vidigal, ac. 21.06.88, JTA 119/261. No mesmo sentido: TJSP, AI 149.717-4, Rel. Des. Guimarães e Souza, ac. 16.05.2000, JUS-Saraiva n. 23.

32 Acórdãos nesse exato sentido são ainda encontrados na RJTAMG 32/180, RJTAMG 58-59/46, RSTJ/104/268.

antecipatória, e, ainda, todas as influências desfavoráveis que tenha tido a execução sobre a situação patrimonial do promovido. Até mesmo os danos morais, quando evidenciados pela ofensa à honra e ao crédito, derivada da medida frustrada, têm de ser indenizados. Dentre os possíveis danos incluem-se, portanto, deterioração e desvalorização dos bens, privação de frutos civis, custas processuais, honorários advocatícios, toda e qualquer diminuição patrimonial decorrente da gestão do depositário da coisa ou da empresa.

Indenização completa é a que promove a efetiva recomposição do patrimônio do réu ao estado em que se encontrava na data da execução da medida, assegurando-lhe o pagamento dos danos emergentes e dos lucros que certamente auferiria se acaso não tivesse havido a intervenção da outra parte. É bom lembrar, ademais, que não se indagará de culpa, de boa ou má gestão do negócio alheio. Todos os danos advindos da execução da medida provisória, ainda que não labore com culpa o autor, deverão ser recompostos, porque o promovente optou por assumir o risco inerente à execução provisória de sentença, de tutela antecipada ou de medida cautelar.

Em nenhuma circunstância se exigirá - repita-se - prova de culpa ou dolo do promovente da ação cautelar ou da medida de antecipação de tutela. A responsabilidade civil, na espécie, é puramente objetiva, de sorte que seus fundamentos são apenas a lesão do requerido, a frustração da medida cautelar e o nexo causal entre a medida e o dano³³.

33 Cf. nosso *Processo cautelar*, 19a. ed., São Paulo: Lend, 2000, p. 173-174.

5. RISCOS DECORRENTES DA ALTERAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO SOCIAL POR MEIO DE MEDIDA JUDICIAL PROVISÓRIA

Sendo frequentes os casos de medidas cautelares ou antecipatórias que interferem na administração de sociedades mercantis, seja suspendendo os efeitos de deliberação assemblear, seja assegurando voto contra acordo de acionistas, seja afastando ou substituindo diretores e até provocando intervenção judicial na empresa, vetando negócios ou investimentos, e tantas outras hipóteses similares³⁴, é interessante definir a responsabilidade daqueles que promovem a medida urgente, bem como dos terceiros que se investem na gestão social por força do ato judicial.

Já se demonstrou à saciedade que a parte que promove execução de medida judicial provisória responde objetivamente pelos danos daí decorrentes à contraparte. Destarte, os acionistas que, recorrendo à tutela jurisdicional de urgência, se investem na administração de companhia por força de medida cautelar responderão, objetivamente, pelos maus resultados da gestão realizada, independentemente, de má-fé, dolo ou culpa, caso a solução do processo principal ou cautelar venha a ser-lhes adversa.

34 KAZUO WATANABE dá como exemplo de possível antecipação de tutela em ação de decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, a que permite "o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto de demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc." (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 19, p. 89-90). CAMPOS BATALHA lembra o cabimento de antecipação de tutela em ações relativas à nulidade ou anulação de acordo de acionistas que poderiam suspender deliberações assembleares e nomeação de órgãos sociais "como consecutórios de deliberações vinculadas por acordo nulo" (*Cautelares e Liminares*, 3. ed., São Paulo: LTr, 1996, p. 67-68).

É uma conseqüência natural da regra traçada no art. 811, que, em suma, prevê que as medidas cautelares são promovidas e executadas a conta e risco do requerente.

Não poderá o controlador da companhia, investido do poder de gestão por força judicial, invocar a favor de si as regras normais da Lei das Sociedades Anônimas, relativas ao acionista controlador e ao administrador da S/A, porque, aqui, não se trata de responsabilidade de direito material, mas de direito processual, decorrente da utilização do processo em situação provisória e precária.

Basta, portanto, que os resultados da gestão provisória sejam negativos ou desfavoráveis à empresa para que surja o dever de indenizar. Não haverá perquirição acerca de abuso ou desvio de poder, nem de ofensa ao estatuto ou à lei, tampouco do ânimo doloso ou da má-fé, muito menos das diligências e da capacidade intelectual e gerencial dos controladores e seus administradores. O risco contraído pelos acionistas que assumem forçosamente o controle social por meio de medida judicial provisória vai além da culpa e aloja-se no puro e simples risco do resultado positivo ou negativo da administração empresarial. A obrigação passa a ser de resultado, ao menos de manutenção do resultado anterior e dos lucros legitimamente esperados em decorrência do planejamento anterior. Responderão, pois, os autores da medida judicial precária pelo insucesso da companhia, decorrente da política e dos métodos administrativos adotados, pelas avaliações e opções mercadológicas e de investimentos, ainda que envidem todos os esforços visando ao cumprimento do fim social. Trata-se de responsabilidade objetiva, para a qual não tem relevo o elemento subjetivo da culpa, mas apenas a existência do dano e o nexo causal que o ligue à execução da medida judicial de urgência.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES INVESTIDOS POR FORÇA DE MEDIDA JUDICIAL PROVISÓRIA

Dúvida não há de que os acionistas autores da medida judicial provisória (cautelar ou antecipatória) responderão pelos prejuízos eventualmente provocados pela administração que eles impuseram à companhia, durante a vigência do provimento jurisdicional provisório.

Resta examinar a situação dos gestores, que não promoveram a medida cautelar, mas que os promoventes da medida provisória investiram na administração da sociedade, escudados na decisão judicial de urgência.

Em caráter geral, o administrador da companhia não responde pessoalmente pelas obrigações que contrair em nome da sociedade ou em virtude de regular gestão (art. 158, *caput*, da Lei 6.404/76). Responde civilmente, no entanto, pelos prejuízos que causar à companhia, quando, mesmo dentro de suas atribuições ou poderes, proceder com culpa ou dolo (art. 158, inc. I, *idem*).

A culpa, na gestão social, afere-se através de atividade comparativa dos "padrões de conduta geralmente aceitos" em face dos "usos e costumes da administração societária".

*Ao negligenciar, ao agir com deslealdade ou imprudência, ao abusar de seu poder ou desviá-lo, o administrador assume a responsabilidade por sua ação ou negligente omissão em face do cumprimento da lei e a defesa dos interesses sociais e institucionais da companhia*³⁵.

³⁵ MODESTO CARVALHOSA. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 312-313.

Haverá, portanto, presunção de culpa sempre que a má conduta (objetivamente apreciada e independente do ânimo de lesar) gerar dano jurídico (nexo causal). Parâmetro para a constatação da má conduta são os "padrões de cautela normalmente utilizados para a deliberação, gestão e representação da companhia"³⁶. Explica MODESTO CARVALHOSA:

Trata-se de critério apriorístico da culpa, ou seja, de que ela se caracterizará na medida em que o administrador se conduza fora dos padrões adotados para a administração de companhias assemelhadas. Se evidenciado por comparação que, pelos costumes normais da atividade empresarial, agiu o administrador com desídia, deslealdade, abuso ou desvio de poder, presume-se que agiu com culpa, sendo por isso responsável à frente da companhia³⁷.

Dentro dessa ótica, a conduta do administrador sofrerá impacto da natureza provisória e reversível da medida judicial que sustenta a sua investidura. Terá de se conduzir à frente da administração social, levando sempre em conta a obrigação legal de preservar a reversibilidade daquilo que praticar. O correto será limitar-se à rotina indispensável ao funcionamento normal da empresa, abstendo-se de inovações profundas nas práticas gerenciais e, principalmente, de operações arrojadas e de risco.

³⁶ Idem, p. 313.

³⁷ Idem, p. 314.

É certo que, nas operações de rotina, o risco é normalmente da empresa e não do administrador. Mas, numa situação precária de administração provisória e necessariamente reversível, qualquer negócio que fuja do corriqueiro faz com que o gestor assuma responsabilidade pessoal pelo risco de eventuais prejuízos para a sociedade.

O que induz a responsabilidade pessoal do gestor da companhia é a ocorrência de dolo ou culpa na prática do ato de gestão gerador do prejuízo; é a conduta desatenta aos deveres normais do bom administrador. Na hipótese de administração limitada pelo caráter provisório da autorização judicial, o administrador está naturalmente advertido, por força até mesmo da lei processual, de que não pode praticar atos de conseqüências irreversíveis, fora da rotina empresarial. Destarte, qualquer operação arriscada, com previsibilidade do perigo de resultado adverso não lhe será autorizada. Se se dispuser a atuar nessa área de risco estará se omitindo quanto às cautelas que a investidura extraordinária lhe exige. Omitir cautelas necessárias configura justamente o fundamento da culpa, sobre que se assenta a teoria da responsabilidade civil.

Em suma: se a gestão decorre de medida judicial provisória (cautelar ou antecipatória), o prejuízo imposto à sociedade por negócio que ultrapassa a rotina administrativa e se insere no risco desnecessário haverá de provocar a responsabilidade civil pessoal de que cogita o art. 158, I, da Lei das Sociedades Anônimas. Terá o administrador, mesmo sem dolo ou má-fé, agido imputavelmente a título de culpa *stricto sensu*. Se não provocou intencionalmente a lesão para

a sociedade, assumiu o risco de provocá-la, ao não manter sua gestão nos limites da rotina administrativa, o que, sem dúvida, configura, no campo da responsabilidade civil, a **culpa**.

Não se dará, em face dos gestores que não foram parte na ação cautelar ou no feito em que ocorreu a antecipação de tutela, a responsabilidade objetiva prevista no art. 811 do CPC, mas poderá configurar-se a responsabilidade subjetiva, nos moldes da lei comercial.

Uma vez que investidos na gestão por força de medida judicial essencialmente reversível, os administradores, cujo mandato tenha como fonte medida cautelar ou antecipatória, se tornarão responsáveis pelos danos que, fora do risco rotineiro dos negócios da empresa, venham a causar ao patrimônio social. A culpa, na hipótese, decorre da adoção de conduta à frente da companhia, que não tenha respeitado o dever de preservar a reversibilidade da situação nova criada em razão de provimento judicial liminar e provisório.

7. CONCLUSÕES

O sistema do Código de Processo Civil pertinente à frustração das medidas cautelares e das antecipações de tutela prevê uma responsabilidade civil objetiva, e assim pode ser resumido:

- a) ocorrida a frustração da medida de urgência, em qualquer das hipóteses do art. 811 do CPC, o dever existirá de indenizar os prejuízos do requerido serão

indenizáveis independentemente de qualquer indagação a respeito da má-fé ou culpa do requerente;

- b) a responsabilidade civil, na espécie, pressupõe execução da medida cautelar, não bastando seu simples deferimento, pois o que se indeniza são prejuízos concretos advindos de reflexos do provimento judicial sobre o patrimônio do requerido, que só ocorrem quando a decisão judicial é executada, segundo esclarece o *caput* do art. 811 do CPC;
- c) para exigir o ressarcimento dos prejuízos, a parte prejudicada não depende de ação condenatória, pois o dever de indenizar emana diretamente da lei;
- d) a liquidação se fará nos próprios autos da medida cautelar frustrada, segundo um dos ritos previstos para as liquidações de sentença (CPC, arts. 603 a 611);
- e) a responsabilidade indenizatória da parte não ocorrerá, obviamente, quando a medida preventiva tiver sido adotada pelo juiz *ex officio*³⁸;
- f) o regime processual de responsabilização e exigibilidade da reparação de danos previsto para as medidas cautelares estende-se às antecipações de tutela e às execuções provisórias em geral;
- g) se o insucesso da medida cautelar ou antecipatória derivar não do risco processual ordinário, mas de erro técnico ou má-fé do advogado, a parte que for responsabilizada civilmente terá ação de regresso contra seu procurador³⁹.

³⁸ GALENO LACERDA, *ob. cit.*, n. 81, p. 314.

³⁹ GALENO LACERDA, *ob. cit.*, n. 84, p. 321-322.

JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO DO FORMALISMO KELSENIANO

João Paulo Allan Teixeira

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha). Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e na Faculdade de Direito de Olinda – FADO-AESO.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO. 2- A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA “*JURIS DICTIO*”. 3- O MECANISMO DA SUBSUNÇÃO. 4- O MODELO KELSENIANO. 5- A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 6- A CONTRIBUIÇÃO DO GARANTISMO JURÍDICO. 7- CONCLUSÕES. 8- REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto primário o desenvolvimento da noção de Jurisdição, bem como a análise do instrumental teórico apresentado pelo garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, no que concerne à legitimação das decisões judiciais. Com efeito, questão que parece ser das mais relevantes repousa no fato de que o exercício da “*Juris Dictio*” deve, em seu mister institucional de pacificação social, estabelecer padrões de legitimidade capazes de assegurar sua própria razão de ser. Para tanto, será necessário rediscutir a noção de

validade no direito, fugindo do formalismo clássico que desconhece referenciais de justiça capazes de legitimar as decisões judiciais.

O trabalho é dividido esquematicamente em cinco etapas: em um primeiro momento, procuramos reconstruir o perfil da evolução histórica que culminou com a centralização do poder, colocando-se o Estado na posição daquele que toma para si a prerrogativa de dizer o direito ("*juris dicere*") a ser aplicado.

Em uma segunda abordagem, procedemos à reconstrução da estrutura clássica das decisões judiciais, a partir do mecanismo da subsunção de fatos a normas.

Proseguindo com a discussão, trazemos o modelo kelseniano, referencial ainda dominante na práxis do direito, que como se verá, não tem compromisso algum com a fundamentação material das decisões judiciais, antes sendo válidas aquelas decisões que se ajustem formalmente às normas superiores do sistema.

Na abordagem seguinte, esboçamos um quadro histórico com a evolução da noção de direitos fundamentais, notadamente no que se refere à emergência do constitucionalismo e seus impactos sociais.

O último capítulo trata da necessária correlação entre jurisdição e direitos fundamentais, enxergada através das lentes do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. A proposta de Ferrajoli supera o formalismo kelseniano, rediscutindo os conceitos de validade, vigência e eficácia no direito. Como se verá, tal perspectiva permite a fundamentação material das decisões judiciais.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA "*JURIS DICTIO*".

Tardou algum tempo para que a função jurisdicional tivesse bem definidos os seus contornos institucionais tal como hoje percebemos. É que as sociedades primitivas e antigas não apresentavam o nível de complexidade social que temos nas sociedades modernas.

Em um primeiro momento, a maior expressão de justiça de que se tem notícia é a vingança, fundada em um profundo vínculo de solidariedade entre os indivíduos que compunham a comunidade. Essa solidariedade era organizada em torno do culto a um totem, representação da divindade que protegia a tribo. A evolução dos costumes primitivos acaba por introduzir elementos que terminarão por limitar gradualmente o exercício da vingança desmedida. A primeira limitação tem lugar com a ascensão da lei do talião, prática costumeira que estabelece uma relação de proporcionalidade entre o dano sofrido e a sanção a ser aplicada¹. Uma segunda evolução ocorre com a utilização generalizada dos mecanismos de composição. Com efeito, a composição tem lugar quando as partes se põem diretamente a negociar os interesses divergentes que dão origem à lide. Muitas vezes, a composição era assistida por um terceiro, que desempenhava a função de árbitro, a quem cabia pronunciar o direito, exercendo, portanto, a mais primitiva expressão da *juris dictio*. Assim, os grupos primitivos caracterizavam-se por um profundo sentimento de religiosidade, segundo o qual a ordem interna era mantida

¹ Talvez a melhor tradução da lei do talião esteja contida na expressão "olho por olho, dente por dente".

por um chefe, dotado de qualidades que o destacavam diante do grupo. Tocava ao chefe, dentre outras prerrogativas, o julgamento de dissídios e imposição de penalidades. Aí se deu o início da centralização do poder que culminou em tempos modernos com a configuração do poder judiciário e suas atribuições específicas.

A progressiva complexificação social, além do aumento populacional e territorial, obrigava a delegação de certas atribuições a pessoas da confiança do chefe ou príncipe, que cada vez mais se encontrava impossibilitado de atender pessoalmente a todas as demandas sociais. Permanecia a autoridade nele, mas o seu exercício tinha de ser dividido entre várias pessoas. Tal fato é um imperativo natural da especialização de funções² e da divisão do trabalho (cf. Azambuja, 1951, 176 ss).

Apesar de podermos apontar alguns precursores da doutrina da separação de poderes antes mesmo da modernidade³, pode-se afirmar que o primeiro a elaborar uma teoria da divisão de poderes sistematizada foi John

Locke. Inspirado na Constituição Inglesa, diz nos seus "ensaios" que é necessário que as funções do Estado sejam exercidas por órgãos diferentes. Executivo, Legislativo, Confederativo (Relações Internacionais) e Discricionário (atribuições extraordinárias que o governo exercia de acordo com as leis).

Mas o autor de grande penetração foi mesmo Montesquieu, havendo a sua teoria sido acolhida pelas Constituições escritas do fim do século XVIII. Tal formulação defendia a necessidade de harmonia entre os poderes, numa estrutura em que estivessem reciprocamente limitados. São os "checks and balances" da experiência inglesa através de que "le pouvoir arrête le pouvoir" no dizer de Montesquieu⁴.

O pensamento atual não consagra a separação de poderes absoluta como quiseram os revolucionários de 89. Hoje fala-se de separação de órgãos, especialização de funções e sobretudo, cooperação entre órgãos, para que o poder limite o poder. Então, quando se fala de "separação de poderes" não se cogita de exclusividade, mas preponderância de funções, como num sistema de vasos comunicantes, pois o poder do Estado é uno e indivisível⁵.

² Dallari aponta o conflito existente entre liberdade e eficiência. Aponta o autor que a busca pela liberdade conduz à desconcentração do poder. De outro modo, se a ênfase for dada na eficiência, nada obsta que as funções do Estado sejam concentradas em órgãos coincidentes. Por outro lado, vai afirmar que o que motivou a doutrina da separação de poderes foi mesmo a necessidade de enfraquecer o poder absoluto como forma de garantir o exercício das liberdades cf. 1989:182 e 184.

³ Na expressão textual de Carré de Malberg, podemos afirmar que "Bien es verdad que desde la antigüedad la ciencia política se aplicó a denominar y clasificar las diversas manifestaciones de la potestad estatal. Así, por ejemplo Aristóteles distinguía en ella tres operaciones principales: la deliberación, el mando y la justicia; y esta distinción tripartita comprendía directamente a la organización entonces en vigor, la cual comprendía la asamblea general o consejo encargado de deliberar sobre los asuntos más importantes; los magistrados, investidos del poder de mandar y obligar, y los tribunales. Pero sería un error pretender remontar hasta Aristóteles los orígenes de la teoría de la separación de poderes. Aristóteles, como todos los antiguos, se empeñó únicamente en discernir las diversas formas de actividad de los órganos, y no pensó en establecer un reparto de las funciones fundado en la distinción de los objetos que corresponden a cada una de ellas" 1948:741.

⁴ "A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares" Montesquieu, 1992: 165.

⁵ Veja-se a esse respeito a distinção entre funções típicas e funções atípicas desempenhadas pelos três poderes no constitucionalismo moderno cf. Moraes, 1999: 346.

No momento em que o Estado arvora-se na condição de único produtor do direito, encontra-se na condição de não apenas estabelecer as regras gerais, mas também dirimir conflitos porventura existentes quando da aplicação do direito.

Com efeito, o advento do Estado moderno traz a organização do poder social sob a forma de Estado, sendo abolidas as formas de justiça privada. Cabe, então, ao Estado a distribuição da Justiça. Isso importa dizer que é ao Estado que incumbe pronunciar-se sobre o direito aplicável a cada caso concreto nas hipóteses de conflito.

Sendo ilimitadas as pretensões humanas e limitados os bens para satisfazê-las, inevitável é o conflito, situação em que surge a insatisfação. Com isso, a existência de uma ordem reguladora, como o é o direito, é insuficiente ante a possibilidade do seu descumprimento. Mas a insatisfação é fator anti-social por excelência, provocando a desagregação e a instabilidade social. Por isso, é necessária a criação de mecanismos destinados a tornar suportáveis os conflitos sociais (cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, 1994: 20). Tal é o papel da Jurisdição.

3. O MECANISMO DA SUBSUNÇÃO

O advento do direito codificado, surgido como necessidade de racionalização do poder e busca de previsibilidade, traz as escolas que advogam a tese da busca da vontade do legislador. Assim, desde os tempos de Justiniano a interpretação era prerrogativa única e exclusiva do imperador, sendo proibidos quaisquer comentários interpretativos, sob pena de o intérprete incorrer em crime de falso e haver suas obras seqüestradas e destruídas.

No contexto do liberalismo francês, surge o *Code Napoleon*, o Código Civil Francês, que tem vigência ainda nos dias atuais, trazendo consigo a Escola de Exegese, que defendia também um elevado grau de subjetivismo.

Entende-se por Escola de Exegese o movimento hermenêutico dominante no século XIX, que enxerga o direito como um corpo normativo sistemático. Nesse sentido, a interpretação consiste em uma dedução a partir da adequação dos fatos sob exame ao sistema normativo.

A Escola da Exegese sustentava que o Código Civil continha a solução para todos os conflitos sociais, bastando para tanto saber interpretar a lei. De acordo com os doutrinários da exegese, o intérprete deve limitar-se a pesquisar a "vontade do legislador" através de métodos específicos.

Tais métodos consistem, fundamentalmente, em uma análise literal-gramatical do texto, perquirindo-se o sentido exato das palavras que integram o texto normativo, bem como em uma análise lógico-sistemática, em que o significado de uma norma é determinado de acordo com o contexto normativo do sistema.

Assim, nos quadros da Escola da Exegese, a atuação do poder judiciário é bastante restrita, apegados que devem permanecer à letra da lei. Nesse sentido, "característica do impulso cientificista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser a mais objetiva e neutra possível. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desfigurar a verdadeira 'vontade do legislador'" (Camargo, 1999:63)

A concepção clássica do direito entende que a aplicação do direito consiste em um processo de subsunção de fatos a normas, através de um raciocínio

expresso por um silogismo, em que a premissa maior é a norma, a premissa menor é o fato e a conclusão a adequação entre premissa maior e premissa menor. Desse modo, são obtidas por via dedutiva as proposições normativas aplicáveis aos casos concretos.

O silogismo subsuntivo representa a forma clássica de raciocínio jurídico. Trata-se de um procedimento destinado à obtenção de um dever-ser concreto a partir de um dever-ser abstrato. Isso é assim em virtude da necessidade de, no Estado de direito, todas as decisões estarem fundadas em última instância na lei. Daí ser impossível a punição de uma pessoa tão-somente com base no fato da apreciação subjetiva de que é uma pessoa de caráter duvidoso. É necessário que haja uma previsão normativa capaz de proporcionar o raciocínio subsuntivo através de um silogismo.

O silogismo ocorre quando a uma proposição imperativa pode subsumir-se uma proposição enunciativa e por esse meio obter-se uma nova proposição imperativa (cf. English, 1988: especialmente o Cap. III).

Assim, primeiro o magistrado verifica a existência da norma que prevê uma pena de 6 a 20 anos de reclusão para o caso de alguém matar outrem. Se é verificado que alguém praticou a conduta descrita na norma, advirá como conclusão que esse alguém deverá ser punido com uma pena de 6 a 20 anos de reclusão.

A tradição exegética da hermenêutica começa a perder espaço com a perspectiva histórica que começa a surgir lentamente no cenário europeu. A escola histórica busca, sobretudo, dar atualidade à "vontade do legislador" (cf. Camargo, 1999: 76). Esse

desenvolvimento em muito se deve à experiência hermenêutica alemã, na qual se desenvolve a corrente Pandectista. Por não existir na Alemanha até então um Código Civil (O Código Civil Alemão data de 1900), o direito alemão era inspirado em textos clássicos da tradição romana.

Tendo como base o Digesto, a hermenêutica alemã permitiu uma certa flexibilização do texto, admitindo na adaptação a observância dos usos e costumes. Foi a partir dessa escola que surgiu o conceito de "intenção possível do legislador", elaborado por Windscheid. Busca-se, então, não o que o legislador quis, mas o que ele quererá se vivo estivesse. (cf. Maximiliano, 1965: 59)

Sob a inspiração de Savigny, a Escola da Interpretação Histórica abre outro caminho: a interpretação poderia ser desenvolvida de acordo com as vicissitudes sociais, mediante o estudo das fontes inspiradoras do legislador. Buscava-se o espírito do povo (*Volksgeist*) como critério orientador da interpretação. Para tanto, o costume desempenha relevante papel para a interpretação. O direito legislado tem como função reduzir as incertezas das manifestações costumeiras⁶.

A Escola Histórica, com nítida proposta atualizadora, admite que a lei sofre influências no transcurso do tempo e da realidade social em que se encontra. O processo Histórico-evolutivo, fundamento do pensamento

6 Na lição de Carlos Maximiliano, "não se viola o princípio da divisão dos poderes... Assim como o químico põe em combinação elementos diversos e chega a uma resultante independente da sua vontade, assim, também o juiz ante certas relações de fatos e normas jurídicas gerais obtém solução feliz, porém não finta de seu arbitrio" 1965: 61.

atualizador do direito, defende que a lei troca influências com o meio ambiente, e por isso tem o seu significado modificado constantemente. Como se vê, tal movimento tem como escopo o equilíbrio entre as posições da Escola da Exegese e as necessidades do mundo contemporâneo.

É certo que o esforço da Escola da Exegese no sentido da construção de um sistema racional é de relevância indiscutível. Entretanto, a partir do final do século passado, com a elaboração de novas perspectivas hermenêuticas, muitos dos pressupostos da escolástica são definitivamente rejeitados.

O estudo das lacunas no direito tem importante papel a desempenhar nesse processo. Isso ficou claro quando se verifica que com certa frequência o ordenamento jurídico não dispõe de uma norma capaz de permitir a regulação de um caso concreto.

No decorrer do século XIX, na Alemanha, Zitelmann, através de sua obra intitulada "As lacunas do Direito", afirmava que não existe legislação plena, dado que por maior que fosse o esforço legislativo, sempre haveria lacunas por serem regulamentadas. Aconselhava, então Zitelmann que se procurasse fora texto da lei os meios adequados para o preenchimento das lacunas. Assim, reconhecia-se que o direito não era pleno e demandava em alguns casos integração.

Seria necessário, então, proceder à *libre recherche scientifique* para a solução da questão. Geny, um dos principais expoentes da livre investigação científica dizia: *par le Code Civil, mais au delà du Code Civil*.⁷ Significa

⁷ Além do Código Civil, mas através do Código Civil.

isso admitir que na falta de uma norma, o juiz está autorizado a construir a sua decisão a partir das bases sólidas dos elementos objetivos revelados por métodos científicos. Afirma Margarida Lacombe Camargo que

uma vez não obtida a resposta para determinado problema no sistema, o aplicador da lei poderia, por meio da atividade científica, encontrar a solução jurídica para o caso fora do âmbito restrito da lei positiva. As possibilidades para se resolverem casos de ausência de lei eram encontradas, dessa maneira, fora do texto legal, ainda que através do mesmo, uma vez que não caberia ao intérprete negar a ordem jurídica afastando-se dos seus princípios fundamentantes (Camargo, 1999:66).

4. O MODELO KELSENIANO

A tendência formalista acaba encontrando em Kelsen um terreno propício para o seu desenvolvimento. Com efeito, a sistematicidade do ordenamento jurídico na teoria pura do direito passa pela consideração segundo a qual as normas jurídicas são dispostas em uma relação de hierarquia, tendo no ápice uma norma que fundamenta toda a unidade do sistema. Por isso, uma norma só pode ser considerada válida se houver uma norma a ela superior que estabeleça as suas condições de validade.

Em atenção a isso, Kelsen vai construir um sistema normativo escalonado que bem pode ser ilustrado pela clássica imagem da pirâmide. Com isso, todo dever-ser

pode ser reconduzido a um dever-ser superior que lhe dá o fundamento de validade.

Dai se dizer que todo sistema normativo pressupõe a existência de pelo menos duas normas: a primeira, que encerra a prescrição de uma conduta, e a segunda, conferindo-lhe o fundamento de validade.

Para a perspectiva kelseniana, a relação de fundamentação normativa confere uma unidade na pluralidade, permitindo a caracterização do direito enquanto sistema. A derivação normativa pode acontecer de duas formas distintas a depender da relação de fundamentação proporcionada pela norma superior. Assim, a derivação normativa pode se dar de forma estática ou dinâmica.

Na derivação normativa de tipo estático, as normas valem pelo seu conteúdo. A operação é a subsunção do conteúdo a partir do raciocínio do particular para o geral. Exemplificativamente: não mentir, não fraudar, respeitar os compromissos, não prestar falsos testemunhos estão subsumidos no princípio mais amplo da veracidade. Não fazer mal ao próximo, não matar, não prejudicar moral ou fisicamente são princípios que podem ser subsumidos no princípio mais amplo de amor ao próximo. Por sua vez, os princípios da veracidade e do amor ao próximo podem ser subsumidos em um princípio ainda mais amplo, qual seja, o que prescreve viver em harmonia com o universo. Como se percebe, na fundamentação de tipo estático, a norma superior fornece não apenas o fundamento de validade, mas o próprio conteúdo da validade normativa.

Pelo princípio da derivação normativa dinâmica, toda a validade normativa só pode ser fundamentada pressupondo uma norma por força da qual nos devemos

conduzir em harmonia com a autoridade que a estabelece. Por exemplo, o filho que recebe uma ordem do pai para dormir cedo. Tal norma apenas fornece o fundamento de validade formal, não se referindo tal fundamento ao conteúdo da norma. Por isso, essa derivação é dita dinâmica. O conteúdo do ponto de partida (o filho deve dormir cedo) não pode ser deduzido da norma fundamental. Trata-se aqui de um ato de vontade. É um querer, não apenas um ato de conhecer. Por isso se diz que a norma fundamental delega uma autoridade legiferante, uma regra em conformidade da qual devem ser criadas as normas desse sistema (cf. Kelsen, 1987: 207 ss).

A derivação normativa de tipo estático é típica dos sistemas morais, enquanto que a derivação normativa de tipo dinâmico caracteriza os sistemas jurídicos. Não é por outro motivo que Kelsen vai admitir que qualquer conteúdo possa ser direito, desde que atenda às exigências da norma fundamental. Nesse sentido, "todo e qualquer conteúdo pode ser direito" (cf. Kelsen, 1987: 210). Não importa qual o conteúdo que o direito porventura tenha, mas unicamente a sua forma de elaboração. Não havendo a preocupação com o conteúdo da norma, a perspectiva da Teoria Pura do Direito permite a justificação formal de qualquer sistema jurídico positivo, de modo independente do seu conteúdo.

Resta, contudo, um problema a ser analisado, talvez tão polêmico quanto complexo, que é a teoria da norma fundamental (*Grundnorm*).

Parte Kelsen da idéia segundo a qual toda norma possui um fundamento de validade que é também uma norma a ela superior. Nesse sentido, uma sentença é uma

norma, e como tal demanda um fundamento de validade, que pode ser uma Lei Ordinária, ou uma Lei Complementar, por exemplo. Por sua vez essas normas precisam estar fundamentadas em outras normas a elas superiores, que podem ser a Lei Complementar, no caso da Lei Ordinária ou a própria Constituição nos dois casos. Pois bem. Se a Constituição é uma norma, para que a Teoria Pura do Direito permaneça coerente, suficiente será encontrar o seu fundamento de validade. Acontece que esse fundamento precisa ser encontrado em um dever-ser. Trata-se, então, precisamente, de descobrir qual o dever-ser que fundamenta o dever-ser supremo do ápice da pirâmide do direito positivo.

É que remontando de escalão a escalão, chegaremos a um ponto em que a Constituição, como norma posta, necessitará de uma norma que a fundamente. De fato, se Kelsen afirma que toda norma possui um fundamento de validade que é uma norma a ela superior, qual seria então o fundamento de validade da norma positiva suprema, a Constituição?

Com rara engenhosidade, Kelsen vai afirmar que na verdade a idéia de Constituição pode ser entendida em dois sentidos diversos: o primeiro em sentido jurídico-positivo, que seria a própria Constituição enquanto norma posta; e no segundo caso, a Constituição teria um sentido lógico-jurídico, que seria a condição de fechamento lógico do sistema (cf. Kelsen, 1987: 211 e ss).

Estamos aqui diante da questionada teoria da norma fundamental (*Grundnorm*) afirmada por Kelsen como meramente pressuposta. Tal se faz necessário, pois a admitir que a *Grundnorm* seja posta, não resolveríamos

o problema da fundamentação do direito, por impossível que se afigurasse imaginar uma autoridade superior à própria norma fundamental⁸.

Teríamos com isso a caracterização de que na pirâmide normativa todos os momentos corresponderiam simultaneamente à criação e aplicação do direito, com exceção de dois. Na extremidade inferior da base teríamos os atos de mera execução que corresponderiam ao ponto em que já não cabe falar em criação do direito, mas uma mera aplicação. Por outro lado, no extremo ápice, teríamos um ponto em que não há espaço para a aplicação de nenhuma norma, onde reina uma mera criação do direito. Com exceção desses dois momentos extremos, qualquer outro momento será simultaneamente criação e aplicação do direito⁹.

Para Kelsen a atividade hermenêutica nada mais é que "...uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (Kelsen, 1987:363).

-
- 8 A argumentação segundo a qual a norma fundamental está no Poder Constituinte não parece solucionar o problema, pois o Poder Constituinte tem atuação pré-constitucional, antes dele não existe qualquer poder constituído, e portanto nenhuma autoridade que dê o fundamento de validade à nova ordem jurídica. Uma vez concluídos os trabalhos constituintes é que teremos uma nova Constituição com um novo fundamento de validade. Nesse caso, estaríamos fundamentando um dever-ser (a Constituição) em um ser (o Poder Constituinte). Ainda que todas as normas anteriores à Constituição, que não sejam com ela conflitantes, sejam recebidas pelo princípio da habilitação, a partir deste momento a ordem jurídica passa a ter um novo fundamento de validade.
- 9 Uma Lei Ordinária é aplicação das normas superiores (Constituição, por exemplo) e criação para as normas inferiores (Sentença, por exemplo), de modo que ela própria é fundamento de validade de uma sentença. Interessante perceber que essa teoria permite caracterizar a sentença como a aplicação global de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, quando o juiz dá uma sentença ele não está aplicando apenas a norma em que fundamenta a sua decisão, mas também aquelas normas que fixam a sua competência, aquelas que fixam as formas de investidura no cargo, bem como aquelas que estabelecem a forma através da qual devem ser proferidas sentenças válidas – devido processo legal. Isso nos permite afirmar com Kelsen que o magistrado, em cada decisão, aplica e realinha o ordenamento jurídico de modo global.

Kelsen explica que a interpretação quanto ao agente pode ser autêntica ou não autêntica. Será autêntica se proveniente de órgãos investidos da competência para tal. Não-autêntica será aquela interpretação realizada por uma pessoa não vinculada à estrutura de competências estatal, como por exemplo uma interpretação doutrinária.

Sustenta o autor que há uma indeterminação quanto ao ato de aplicação do direito, podendo ser tal indeterminação relativa, intencional ou não-intencional. A indeterminação relativa é aquela que dá uma certa margem de criação por parte dos escalões inferiores quanto ao ato de execução do direito. A indeterminação será intencional quando estiver na intenção do órgão que estabelece a norma a ser aplicada. Pode, ainda, ser a indeterminação não-intencional quando o sentido da norma não é unívoco, fazendo com que o órgão aplicador se encontre diante de várias significações possíveis. Tal indeterminação proporciona que o intérprete passe a lidar com um outro fator: a vontade.

Para Kelsen, vontade e conhecimento se unem para dar origem à interpretação. A interpretação do direito é então plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, limitadas apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenha, então, o papel de uma moldura que em presença da vontade do intérprete, aliada ao conhecimento, daria origem a um quadro, que representa o direito a ser aplicado.

Explica Kelsen que a função do intérprete do direito enquanto cientista nada mais é do que determinar os limites

do juridicamente possível, ou seja, os limites da moldura dentro da qual a interpretação é possível. Querer ir além disso significa abrir mão da cientificidade do direito em favor da política.

Insurgindo-se contra o sincretismo metodológico, a Teoria Pura do Direito despreocupa-se com qualquer fundamentação material, podendo servir de suporte teórico a experiências que não tenham necessariamente qualquer compromisso com a justiça. Condicionada que esteja a uma norma fundamental, a discussão sobre a validade do direito não passa pela realização da justiça.

Nesse sentido, a resignação de Bobbio bem ilustra o debate: "O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos" (Bobbio, 1995:67).

Na verdade, Bobbio vai partir da clássica distinção entre ser e dever-ser para afirmar que

Aqueles que temem que com a norma fundamental, [...], se realize a redução do direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral do poder (Bobbio, 1995: 67)

Comentando a perspectiva da hermenêutica kelseniana, Tercio Ferraz vai nos colocar diante daquilo que chamou "desafio kelseniano". Nesse sentido, tanto a interpretação de um recém-iniciado no direito como a interpretação de um jurista com anos de experiência têm valor idêntico. De fato, será que não é mesmo possível para o jurista descobrir a interpretação verdadeira, devendo-se contentar com a simples indicação da plurivocidade do direito? (cf. Ferraz Jr., 1989: 236 ss)

Talvez tenha sido esse um dos fatores determinantes para a ideologização da dogmática jurídica pelas chamadas escolas críticas do direito, como teremos oportunidade de discutir. Tais juristas, percebendo a dificuldade de caracterização de uma hermenêutica cientificamente consistente, passam a ideologizar o discurso jurídico através do recurso à retórica de efeito, atuando como um eficiente instrumento político.

Nesse ponto é oportuno estabelecer um debate entre Kelsen e Hart. É que a análise do direito através da sua dimensão linguística permite-nos tomar em consideração o fato em que muito frequentemente surgem incertezas no processo de comunicação, dificultando a determinação segura dos padrões gerais de conduta exigíveis. (Hart, 1986: 137 ss)

Herbert Hart ilustra essa situação através da determinação de um pai ao filho no sentido de que "todos os homens e rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja". Nesse sentido, Hart esclarece que a criança poderia adotar o exemplo do pai e simplesmente imitá-lo. Contudo, restariam dúvidas importantes quanto ao comportamento apropriado:

Até que ponto deve a actuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez

da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja? (cf. Hart, 1986: 138).

Na linguagem de Hart, isso seria explicável pela textura aberta do direito:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (Hart, 1986:148)

Como em Kelsen, Hart defende uma certa relatividade quanto à norma a ser aplicada no caso concreto. Portanto, não é certo defender que a aplicação do direito é fruto de um processo decisório neutro.

5. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de certa divergência conceitual, é possível atribuir aos direitos fundamentais relevante papel legitimador das decisões judiciais. Entretanto, tal só é possível com a transição da noção de Estado legal, de fundo liberal, submetido ao império da lei, à noção de Estado Constitucional, submetido como o próprio nome indica, ao império da Constituição¹⁰.

¹⁰ Como nota Sérgio Cademartori "A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal, a que determina a aparição do modelo Constitucional de Estado, encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal." (Cademartori, 1999: 26)

Como é fácil perceber, a preocupação com os direitos fundamentais acompanha de perto a própria história do constitucionalismo.

O movimento constitucionalista encontra suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por um período evolutivo que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição. As origens do constitucionalismo moderno remontam a 1215, quando o Rei João Sem Terra, cedendo a pressões da nobreza, edita a *Magna Charta*. A revolução inglesa veio posteriormente a afirmar a supremacia do Parlamento como órgão legislativo. Consagrava-se o anseio por um governo de leis e não de homens. No século XVIII, sob a influência do Jusnaturalismo, do Iluminismo, do Racionalismo, da luta contra o absolutismo, bem como pela exigência pela racionalização do poder resulta o movimento constitucionalista, inicialmente na América, (Virgínia, 1776; EUA, 1787) e posteriormente na Europa (França 1791), daí ganhando todo o mundo, justamente pelo caráter universalizante que inspirava a Revolução Francesa.

Tais acontecimentos políticos aconteceram de forma intimamente vinculados às transformações econômicas acontecidas em tais contextos. Desse modo, o constitucionalismo, filho do liberalismo dominante, foi o instrumento de afirmação política da nova classe econômica então emergente - a burguesia - refletindo-se assim, o liberalismo tanto no plano político como no plano econômico.

Nesse sentido, o Estado deveria unicamente proporcionar o desenvolvimento econômico da sociedade mediante o retraimento ante questões sociais. A "mão invisível" capaz de

regular a economia de mercado era a expressão do clima de *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*.

Os direitos fundamentais sempre existiram como resposta positivista a pressões jusnaturalistas, cabendo ao direito posto reconhecer ao Homem um elenco de direitos capazes de promover o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. São também chamados direitos naturais, direitos humanos, liberdades subjetivas ou direitos individuais. Anota-se que a melhor denominação para essa classe de direitos é mesmo a de direitos fundamentais, já que, pela sua essência, tais direitos "fundamentam" a própria existência humana digna (cf. Silva, 1992:161 ss; Sarlet, 1998: 28-35 e Vargas, 1992: 21 ss). Sem tais direitos, o homem não se realiza enquanto tal, privado que esteja do seu peculiar modo de existir.

A teoria dos direitos fundamentais parece acompanhar muito de perto as transformações ideológicas por que tem passado o Estado moderno. Assim, em um primeiro momento, os direitos fundamentais plasmados nas cartas liberais traduziam o desejo urgente de retração do poder estatal, proporcionando por isso direitos oponíveis ao próprio Estado, tendo um sentido negativo, um não fazer. São direitos típicos desta época os chamados direitos individuais (liberdade, propriedade, individualidade, etc.).

Por outro lado, a dinâmica social leva o Estado liberal a um momento de crise que viria a ser decisivo para o constitucionalismo moderno. Nesse clima de não-intervencionismo, que favorecia a burguesia por permitir a expansão de seus negócios, ficaram expostas as deficiências do liberalismo. Não se olvide que da liberdade contratual do Estado liberal, surgiram os

monopólios, desencadeando graves conflitos entre capital e trabalho.

Com efeito, questões sociais de indiscutível relevância como o trabalho do menor, o trabalho da mulher, o direito de greve afetaram as relações econômicas de então, estabelecendo-se o impasse. O Estado não mais poderia permanecer na sua posição absenteísta assistindo ao longe toda a derrocada social. O Estado teria que se voltar ao social. No seu papel de provedor da coletividade, passa a intervir ativamente na Economia, disciplinando as relações interindividuais e impondo os limites dentro dos quais se deveriam estabelecer as relações. O Estado suplanta o liberalismo puro, retornando ao disciplinamento social, agora não mais com fundamento em uma autoridade divina ou em uma racionalidade transcendente, mas no interesse da sua própria manutenção, evitando o soçobramento das estruturas de poder nele dominantes.

Com isso, dá-se uma guinada na tradição dos direitos fundamentais, os quais passam a compreender, também, os chamados direitos-prestação. Ou seja, é possível agora fazer com que o Estado não permaneça retraído, mas que proporcione o gozo de certos direitos na área social, tais como educação, saúde, lazer, etc.

Assim, se os direitos fundamentais na tradição liberal têm uma estrutura tipicamente negativa, consistindo antes em uma limitação à ação estatal, na tradição do constitucionalismo social a natureza das normas definidoras de direitos fundamentais tem uma estrutura normativa tipicamente positiva, devendo o Estado prover tais direitos.

Marclo Neves relaciona a ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais ao fenômeno da "juridificação". Segundo

Neves, a "juridificação" atua em dois sentidos: para fora, como expansão do direito, e para dentro, como especialização e detalhamento do direito (cf. Neves, 1992:80).

A ampliação ou "juridificação" dos direitos considerados como fundamentais passa, segundo Neves, por quatro etapas: a primeira consagrando os direitos subjetivos privados, estando ligados ao Estado absolutista; a segunda trazendo a positivação dos direitos subjetivos públicos, exercíveis contra o soberano, expressão do Estado liberal; a terceira como expressão do Estado democrático de direito, consagrando os direitos políticos como processo de legitimação do poder; e na quarta etapa, a normatização dos direitos relativos à família, saúde educação e trabalho, típicos do Estado social (cf. Neves, 1992:80).

Vale dizer que nos dias de hoje os direitos fundamentais têm evoluído no sentido de abranger os chamados direitos coletivos e difusos, como são o direito ao meio ambiente sadio e os direitos do consumidor.

Assim, já é pacífico em doutrina classificar os direitos fundamentais em diferentes gerações, ou como prefere Ingo Sarlet, em dimensões. São assim chamados direitos de primeira, segunda e terceira dimensão¹¹.

Consagram as Constituições, ao lado da enunciação dos direitos fundamentais, as chamadas garantias fundamentais, instrumentos necessários à efetivação dessa

11 "Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo 'gerações' por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por partilhar, na esteira da mais moderna doutrina." (Sarlet, 1996: 47)

peculiar qualidade de direitos. Como nota José Afonso da Silva, as garantias individuais podem ser entendidas como "... meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais..." (Silva, 1992: 366). Note-se que essa conceituação, por abrangente que seja, permite caracterizar até mesmo o regime democrático e o mecanismo da separação de poderes como verdadeiras garantias de direitos individuais.

6. A CONTRIBUIÇÃO DO GARANTISMO JURÍDICO

Um dos grandes responsáveis pela divulgação do Garantismo Jurídico é talvez o italiano Luigi Ferrajoli, magistrado aposentado e professor da Universidade de Camerino. Em obra datada de 1989 (*Diritto e Ragione*), Ferrajoli lança as bases para a discussão da validação de decisões judiciais. Para tanto, procede à rediscussão do conceito de validade no direito, a partir do referencial das decisões judiciais. Pode-se considerar que a proposta garantista consiste, sobretudo, em estabelecer um núcleo de direitos cuja proteção seja imprescindível para a caracterização de um regime democrático. Tal conjunto de direitos seria dado justamente pelos direitos fundamentais.

Esclarece Ferrajoli que para garantismo é possível estabelecer três significados distintos:

1) Em uma primeira acepção, o garantismo seria um modelo normativo de direito capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Assim, seria garantista todo sistema penal que satisfaça a tal modelo de modo efetivo. (cf. Ferrajoli, 1998: 851-852);

- 2) Em uma segunda acepção, a noção de garantismo corresponderia a uma teoria jurídica da validade e da efetividade normativa como categorias distintas entre si e distintas do conceito de vigência (cf. Ferrajoli, 1998: 852);
- 3) Em uma terceira acepção, o garantismo designaria uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de justificação externa necessária à sua legitimação (cf. Ferrajoli, 1998: 853).

O Grande mérito de Ferrajoli está em permitir a superação do formalismo kelseniano, abrindo as portas para uma fundamentação material das decisões judiciais. É que para Ferrajoli existe uma grande diferença entre a forma das decisões judiciais e os conteúdos nelas involucrados. A proposta garantista consiste em estabelecer um núcleo de direitos cuja proteção seria imprescindível para a caracterização de um regime democrático. Tal conjunto de direitos seria, justamente, os direitos fundamentais.

Tenta Ferrajoli demonstrar que os direitos fundamentais são produto de conquistas lentas e progressivas que se estabeleceram no próprio curso da história. São, portanto, conquistas do Homem moderno, legado inegável do processo de secularização da cultura. Pela teoria do garantismo, percebemos a tentativa de romper com a clássica teoria da validade das normas.

Assim, para Ferrajoli a expressão "estado de direito" não designa apenas um "estado legal", mas um referencial de estado nascido com o constitucionalismo e caracterizado:

a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo y independientes...;

b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción de los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.
(Ferrajoli, 1998: 856-857)

Na verdade, o garantismo de Ferrajoli rompe com a tradição clássica de validade normativa. Assim, uma norma, ainda que formalmente válida, estando em desacordo com a perspectiva “garantista”, não será considerada válida. Por esse motivo Ferrajoli operacionaliza os conceitos de validade, vigência e eficácia.

Uma norma será considerada “justa”, se conseguir responder satisfatoriamente a critérios de fundamentação ética e política; será “vigente” a norma que esteja despojada de vícios formais, sendo emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente; será “válida”

quando imunizada contra vícios materiais, não estando em contradição com as normas superiores; será, finalmente, “eficaz” quando for observada por seus destinatários (cf. Cademartori, 1999 : 79-80).

A distinção entre essas diferentes qualidades normativas permite enxergar que nem sempre existe coincidência, daí poder depararmo-nos com a curiosa situação de normas que sejam vigentes, porém, não válidas. Assim, podem as normas ser, por exemplo, vigentes sem ser, válidas, ou válidas sem serem vigentes.

Então, as normas “vigentes” seriam aquelas elaboradas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela racionalidade formal, não apresentando, portanto, nenhuma novidade em relação à teoria kelseniana. De outra sorte, as normas “válidas” seriam unicamente aquelas que estivessem em conformidade com as normas definidoras de direitos fundamentais. Para Ferrajoli tais normas, que são expressão dos direitos fundamentais, precisam ter a sua aplicabilidade protegida, garantida mesmo, pelos juízes.

Afirma Ferrajoli que “El proyecto de democracia social forma por tanto un todo único con el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes” (Ferrajoli, 1998: 866)

7 - Conclusões

1) O advento do Estado Moderno traz consigo o monopólio da jurisdição, sendo banidas as expressões primitivas de

- justiça privada, tais como a vingança privada e o talião;
- 2) O processo de subsunção de fatos a normas é o modelo tradicional de raciocínio jurídico, induzindo à idéia de que a aplicação do direito obedece a um processo neutro, imune a interferências ideológicas;
- 3) Hans Kelsen, na elaboração metodológica que lhe deu fama, acaba por estabelecer as matrizes fundamentais para a compreensão das relações de validade no direito. Validade para Kelsen é uma relação de adequação formal intranormativa. Portanto, a fundamentação externa do sistema jurídico a partir de Kelsen tem caráter problemático;
- 4) Contribuindo para o debate, Luigi Ferrajoli busca estabelecer novos padrões de validade no direito a partir da noção de direitos fundamentais. Assim, válida seria a norma capaz de garantir os direitos fundamentais do indivíduo e não apenas a norma formalmente adequada aos escalões superiores do sistema normativo.
- 5) A preocupação com os direitos fundamentais, como resultado de relevantes conquistas históricas da humanidade, não pode ser deixada de lado no momento da aplicação do direito, sob pena de perda de legitimidade institucional.

8. REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro, Porto Alegre, São Paulo: Globo, 1951.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoria General del Estado**. México: Fondo de Cultra Econômica, 1948.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINNOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido [Rangel]. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Madrid : Trotta, 1998.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1989.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1965.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Revista Acadêmica**, Recife, LXXV, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VARGAS, José Cirilo. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÊXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS*

Joel J. Cândido

Advogado e Conferencista nacional, atuando na área especializada de Direito Eleitoral e Partidário. Autor dos livros "Direito Eleitoral Brasileiro" (9.ed.), "Inelegibilidades no Direito Brasileiro" e "Crimes Eleitorais e Seus Processos" (ainda não editado).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DO SISTEMA VIGENTE. 3. DA ESPORÁDICA PARTICIPAÇÃO DA OAB NA ELABORAÇÃO DAS LISTAS SÊXTUPLAS. 4. DA INOPORTUNIDADE E INCONVENIÊNCIA DA CONTINUIDADE DO ATUAL SISTEMA. 5. DO ATUAL PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE LISTAS SÊXTUPLAS PARA OS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS. 6. DE UMA NOVA PROPOSTA PARA A ELABORAÇÃO DAS LISTAS SÊXTUPLAS DE ADVOGADOS PARA OS TRIBUNAIS ELEITORAIS. 6.1. Da Proposta; 6.2. Do Procedimento; 6.3. Da Remessa da Lista Sêxtupla; 7. DA ESCOLHA DOS NOVOS JUÍZES ELEITORAIS TITULARES. 8. DA ESCOLHA DOS NOVOS JUÍZES ELEITORAIS SUPLENTE. 9. DAS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO NOVO PROJETO. 9.1. Da Ordem dos Advogados do Brasil; 9.2. Do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados; 9.3. Dos Nomes Escolhidos Constantes das Listas Sêxtuplas; 10. DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL. 10.1. Do Tribunal de Justiça Militar do Estado; 10.2. Da Extensão do Projeto à Justiça Militar do Estado; 10.3. Da Lista Triplíce; 11. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Dentro do vigente sistema constitucional, na composição do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, há, entre os membros de ambas as cortes, dois juízes eleitorais escolhidos entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, nomeados pelo Presidente da República. Para o Tribunal Superior Eleitoral, conforme o

* Este artigo pode servir de Exposição de Motivos a justificar Resolução sobre a matéria e ser editada pelos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. A destinação específica do trabalho explica e justifica, também, a citação do nome do Estado do Rio Grande do Sul e sua legislação no decorrer de todo o articulado, bem como no Projeto de Resolução que lhe segue em anexo.

art. 119, II, da Constituição Federal, a lista sêxtupla com esses nomes é indicada pelo Supremo Tribunal Federal. Para o Tribunal Regional Eleitoral de cada Estado, a lista sêxtupla é indicada pelo respectivo Tribunal de Justiça, à luz do contido no art. 120, § 1º, III, também da Constituição Federal.

Os advogados, nesses Tribunais Eleitorais, integram a chamada "classe dos juristas", categoria que não se confunde com o instituto do "quinto constitucional" previsto no art. 94, *caput*, da Carta Magna.

Em ambos os casos, como se vê da redação dessas disposições constitucionais, a indicação dos advogados para integrar a composição desses Tribunais Eleitorais é feita à revelia da Ordem dos Advogados do Brasil, classe de que são oriundos esses juízes eleitorais.

2. DO SISTEMA VIGENTE

Neste período de quase treze anos de vigência da atual Constituição Federal, não há notícia oficial de que a Ordem dos Advogados tenha sido propiciada a elaboração dessas listas sêxtuplas. Tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Tribunal de Justiça nos Estados, têm exercido, com exclusividade, a prerrogativa constitucional de elaborar essas listas, fazendo as respectivas indicações; até porque, a procedimento outro o texto legal não os obriga.

Verdade é, porém - deve-se dizer - que, algumas vezes, essas Cortes solicitaram nomes, para essa finalidade, aos dirigentes de alguns conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, foram casos isolados e esporádicos, não chegando a se constituir em prática habitual que alterasse o exclusivo exercício da prerrogativa das indicações por esses respeitáveis órgãos do poder judiciário, ano após ano.

Assim, pode-se afirmar, com segurança, que a Ordem dos Advogados do Brasil não participa do processo de elaboração das listas de seus filiados para integrar a composição dos Tribunais Eleitorais do País.

3. DA ESPORÁDICA PARTICIPAÇÃO DA OAB NA ELABORAÇÃO DAS LISTAS SÊXTUPLAS

Das poucas vezes em que foi solicitada à Ordem dos Advogados a participação na elaboração das listas sêxtuplas para essa finalidade, essas foram feitas sem a obediência a nenhum processo especial de escolha de nomes. Vale dizer, as listas foram elaboradas com a escolha dos nomes feita pessoalmente pelos administradores dos órgãos de classe. Mais raro, ainda, foi essas listas serem elaboradas ou homologadas pelo voto dos respectivos Conselhos Seccionais.

De qualquer modo, então, é certo afirmar que jamais foi adotado, sequer em uma das sete unidades da Federação, um processo universal de escolha e indicação de nomes, para essa finalidade. Nunca houve, nas poucas vezes em que a Ordem dos Advogados do Brasil participou de alguma forma do processo de escolha, a aplicação do Princípio Igualitário, com abertura de possibilidade de participação assegurada a todos os advogados inscritos e que estivessem interessados em ingressar nessa judicatura especial e temporária. Tampouco consta tenha havido - muito menos -, nesse período, sequer uma lista de nomes feita pelo voto direto dos filiados à Ordem dos Advogados, nem mesmo feita pelo voto direto dos integrantes dos respectivos conselhos seccionais, que seria o mais prático e mais razoável.

Assim tem sido, no decorrer desses anos, tanto nos Estados, para os Tribunais Regionais Eleitorais, como no Conselho Federal da entidade, para o Tribunal Superior Eleitoral.

4. DA INOPORTUNIDADE E INCONVENIÊNCIA DA CONTINUIDADE DO ATUAL SISTEMA

A indicação de advogados para integrar a composição dos Tribunais Eleitorais feita por órgãos do Poder Judiciário, à revelia da Ordem dos Advogados do Brasil, sempre fez parte de nosso sistema constitucional. Data ele de 1934, quando da criação da Justiça Eleitoral por texto constitucional. Não é um sistema novo, portanto. Aliás, o sistema vem, na verdade, desde 1932, por ocasião da edição de nosso primeiro Código Eleitoral, que dispôs sobre a organização da Justiça Eleitoral.¹

O sistema, desde essa época, manteve-se imutável, e passou incólume pelos diversos textos constitucionais posteriores ao de 1934. Foi ele, também, plenamente adotado, sem alterações, no período revolucionário vigente de 1964 a 1985, e, inclusive, permaneceu intato na atual Constituição Federal, nos artigos já citados.²

Em vigor entre nós há quase setenta anos, portanto, nada mais justificava a permanência do sistema de indicação de advogados para integrar os Tribunais Eleitorais por órgão outro, por mais respeitável que seja, que não a Ordem dos Advogados do Brasil. Não surpreende, porém,

1. Vide Decreto n.º 21.078, de 24 de fevereiro de 1932, art. 9º, § 2º, "c", e art. 21, § 2º, "c". Na Constituição de 1934, vide art. 82, § 2º, "c" e art. 82, § 3º.

2. Vide: Constituição Federal de 1946, art. 100, II e art. 112, II; Constituição Federal de 1967, art. 124, II e art. 126, III; Constituição Federal de 1969, art. 131, II e art. 133, III, e, finalmente, Constituição Federal de 1988, art. 118, II e art. 120, § 1º, III.

pelos valores sociais, políticos e jurídicos que se defendiam na época, que os governos militares tenham mantido, na íntegra, o velho sistema getuliano criado em 1932. O que se torna incompreensível, no entanto, é a sua permanência após a edição do texto de 1988, quando a respectiva Carta Constitucional reconheceu o advogado como "*indispensável à administração da justiça*", prestigiou o "*quinto constitucional escolhido pela classe na composição de outros tribunais*", ao tempo, também, em que "*constitui a República Federativa em Estado Democrático de Direito*".

Assim, se houve razão, no passado, que justificasse a indicação desses juízes à revelia de seu órgão profissional de origem, hoje ela não mais existe. Inoportuno frente à nova ordem constitucional e seus propósitos, o sistema é também inconveniente por alijar a Ordem dos Advogados de função que lhe é própria e adequada.³ De outra banda, não há mais razão para a Ordem dos Advogados não participar, hoje, da elaboração dessas listas, na medida em que os demais cinco membros de cada uma dessas duas Cortes Eleitorais são indicados, sempre, por seus respectivos órgãos de classe.⁴

O velho sistema, hoje, se mostra inconveniente também porque:

-
3. A indicação pela Ordem dos Advogados, dos nomes de seus filiais para integrar também os Tribunais Eleitorais – e não só para integrar os Tribunais Judiciários que a lei já indica – se traduz, sem dúvidas, em efetiva colaboração da entidade para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, que é uma de suas finalidades, prevista no art. 44, I, da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).
 4. Veja-se, para o TSE: os três juízes do Supremo Tribunal Federal são eleitos, pelo voto secreto, dentre os Ministros do próprio Pretório Excelso e os dois juízes do Superior Tribunal de Justiça são eleitos, de igual sorte, também pelo voto secreto, dentre os Ministros daquela Corte. Para o TRE: os quatro juízes, sendo dois Desembargadores e dois Juízes de Direito, são eleitos, pelo voto secreto, pelo Tribunal de Justiça, enquanto que o juiz oriundo da Justiça Federal é escolhido, nas duas hipóteses para isso previstas, sempre pelo Tribunal Regional Federal respectivo: Constituição Federal, art. 119, I, "a" e "b" e art. 120, § 1º, I, "a" e "b" e II.

- as escolhas dos nomes não são baseadas em critérios objetivos e os critérios adotados nem sempre são dados a conhecer às pessoas, às instituições, à imprensa e à sociedade;
- não estimula o preparo do advogado para a judicatura eleitoral, ao tempo em que frustra eventuais vocações, talentos, preparações ou aptidões;
- não mantém a sempre desejada simetria constitucional com processo de escolha idêntico usado para a seleção de juizes, também oriundos da classe dos advogados, que devam integrar outros Tribunais Judiciários;
- não prestigia o órgão de representação da classe dos advogados;
- não enseja uma criteriosa e transparente seleção de nomes, à luz do contraditório e ampla defesa, saudável pressuposto constitucional para o acesso a todo e qualquer cargo ou função pública; e,
- embora legais as designações dele originadas, o atual sistema de indicações de nomes não tem a legitimidade que só lhe é conferida com a escolha feita pela classe dos advogados, da qual eles são originários.

5. DO ATUAL PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE LISTAS SÊXTUPLAS PARA OS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS

Principalmente após a vigência da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, e do Provimento n.º 80/96, de 10 de março de 1996, do Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil,⁵ o processo de elaboração das listas sêxtuplas de advogados para integrar os demais Tribunais Judiciários ganhou, dentro da classe, um significativo e meritório avanço. Não se conhece nenhuma crítica séria e fundada contra esse sistema de escolha dos novos juizes, regulado por essas disposições normativas. Trata-se de sistema democrático, impessoal, transparente, objetivo, seguro, plenamente fiscalizável, toldado pela legitimidade conferida pelo voto dos representantes da classe, após marcha processual dotada, inclusive, do contraditório e da ampla defesa, pressupostos sempre reclamados pelo atual texto constitucional para institutos afins.

O sistema, que na Seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil tem, ainda, a Resolução n.º 015/97, de 7 de outubro de 1997 e a Resolução n.º 009/98, de 2 de junho de 1998,⁶ como disposições normativas dele indissociadas, tem oferecido aos Tribunais Judiciários listas sêxtuplas com nomes os mais expressivos e meritórios da classe dos advogados. No Poder Judiciário, esses nomes têm honrado a toga e se postado à altura do que deles espera a lei e a sociedade.⁷

É de se gizar, outrossim, que a legalidade do processo que leva à elaboração final dessas listas jamais foi questionada.

-
5. A lei citada se refere ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. O Provimento "dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários".
 6. A primeira "dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários" e a segunda "dispõe sobre o procedimento de inscrição e seleção de listas sêxtuplas múltiplas".
 7. Neste projeto, não vai nenhuma crítica aos diversos e ilustres advogados que, no correr dos anos, saíram dos quadros da OAB, pelo sistema ora vigente, para integrar os órgãos da Justiça Eleitoral. O que se propõe, com ele, é, menos a exclusão ou a censura a nomes, e, mais, a adoção de projeto maior, melhor, mais meritório e que visa, tão-só, ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e à defesa desarmada da classe dos advogados.

Em síntese, nos treze anos de vigência do art. 94, *caput*, da Constituição Federal, e nos sete anos de vigência do art. 54, XIII, e do art. 58, XIV, ambos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, não se encontrou, ainda, sistema melhor e que melhor atenda aos diversos e complexos aspectos que desafiam a elaboração das listas sêxtuplas dos advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários do País, do que o mencionado nesses textos e que ora está em vigor.⁸

6. DE UMA NOVA PROPOSTA PARA A ELABORAÇÃO DAS LISTAS SÊXTUPLAS DE ADVOGADOS PARA OS TRIBUNAIS ELEITORAIS

É evidente que este projeto não está a sugerir o descumprimento ou a inobservância do disposto no art. 119, II e no art. 120, § 1º, III, da Constituição Federal. Até que se mude o texto constitucional, é forçoso admitir que o Supremo Tribunal Federal para o Tribunal Superior Eleitoral, como o Tribunal de Justiça de cada Estado para o respectivo Tribunal Regional Eleitoral têm a prerrogativa na elaboração das listas sêxtuplas com os nomes dos advogados que devam integrar essas Cortes de Justiça.

Todavia, a Ordem dos Advogados do Brasil, quer na esfera federal, quer na órbita de seus Conselhos Seccionais, pode e deve adotar uma nova posição sobre esse assunto e implantar um novo procedimento no trato dessa questão.

8. O Ministério Público, porém, tanto o da União, como o dos Estados, ainda não adotou, para essa finalidade, em suas instituições, disposições normativas equivalentes às constantes do Provimento nº 80/96, de 10.3.96, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Destarte, ele ainda não fez a sua parte, neste particular, na luta sempre inacabada pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas do País.

sem embargo da vigência dos dispositivos constitucionais acima citados. Sem o menor temor de parecer afronta ou provocação a pessoas, autoridades ou instituições – já que nem de longe é essa a intenção deste projeto –, a eventual adoção de um novo sistema para essa finalidade estará a dizer muito mais, e muito mais alto, com a autonomia e a independência da Instituição.

6.1. Da Proposta

O projeto que aqui se propõe é singular. Ele consiste em a Ordem dos Advogados do Brasil adotar, no âmbito de seus Conselhos Seccionais, para o preenchimento das vagas dos juizes, na “classe dos juristas”,⁹ previstas na composição do Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado, o mesmo procedimento que adota para a elaboração da lista sêxtupla com o nome dos advogados que devam integrar os demais Tribunais Judiciários, como o Tribunal de Justiça do Estado.

6.2. Do Procedimento

O funcionamento do novo sistema também é singular.

Na prática, toda vez que ocorrer abertura de vaga na “classe dos juristas” no Tribunal Regional Eleitoral, o Presidente do Conselho Seccional determinará, mesmo que nenhuma solicitação de nomes lhe tenha sido endereçada, a publicação de edital para a elaboração de lista sêxtupla para essa finalidade. Para esse fim, ainda, determinará a

9. Vale dizer, para as duas vagas destinadas aos advogados na composição do Tribunal Regional Eleitoral, conforme vigente previsão constitucional.

adoção, de modo idêntico, do procedimento existente para a elaboração de lista sêxtupla destinada ao preenchimento de vaga por advogado no "quinto constitucional" do Tribunal de Justiça do Estado.

A instauração do procedimento poderá ser deflagrada antes mesmo da abertura dessa(s) vaga(s). Como o mandato dos juízes eleitorais tem prazo certo de publicação, até antes de seu término final já é aconselhável a publicação do edital para a elaboração da lista sêxtupla, para que haja tempo de se efetivar a nova seleção.

Esse procedimento deverá ter seu trâmite observado até sua final conclusão.

O procedimento referido está previsto no já citado Provimento n.º 80/96, de 10 de março de 1996, do colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ele vem sendo aplicado, para os fins nele previstos, em todos os Conselhos Seccionais do País, e, na órbita de sua competência, no egrégio Conselho Federal que o editou.

6.3. Da Remessa da Lista Sêxtupla

Ultimada a escolha dos advogados que se submeterem ao processo de seleção, será elaborada a lista a ser composta pelos seis advogados mais votados pelo Conselho Seccional. Nela, deverá ser observada, **rigorosamente**, a ordem decrescente do número de votos. Em caso de empate, deverá prevalecer o nome de inscrição mais antiga. Em seguida, o Presidente deste órgão encaminhará a lista, por ofício, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado.

Os nomes constantes dessa lista deverão ser os novos integrantes do Tribunal Regional Eleitoral, na "classe dos juristas".

7. DA ESCOLHA DOS NOVOS JUÍZES ELEITORAIS TITULARES

Despida de qualquer outra interpretação e pela literal inteligência das atuais regras constitucionais sobre a matéria, é evidente que a escolha dos nomes para o Tribunal Regional Eleitoral, pelo Conselho Seccional – ou, eventualmente, pelo Conselho Federal para a composição do Tribunal Superior Eleitoral –, indicados no ofício remetido, não terá efeito vinculado ao Tribunal de Justiça. A Corte de Justiça Estadual poderá, livre e legalmente, escolher, para esse fim, outros nomes não constantes dessa lista, elaborando seu próprio elenco de nomes a ser remetido a quem de Direito.

A lista remetida pela ordem dos Advogados do Brasil terá caráter apenas sugestivo e não impositivo. Ela refletirá, porém, a posição final e oficial do órgão para aquela(s) vaga(s) e seu(s) respectivo(s) provimento(s).

Contudo, se assim pode o Tribunal de Justiça proceder, a partir da adoção, pela Ordem dos Advogados, do processo de elaboração de lista sêxtupla de seus filiados, tal como aqui vai proposto, não é de minimamente se supor que a escolha dos novos juízes eleitorais venha a recair em nomes não constantes da lista que remeteu, ou seja, em nomes de advogados escolhidos à sua revelia.

Ao contrário, tudo leva a crer que a lista sêxtupla elaborada e indicada pela classe dos advogados, através

de processo regular para esse fim específico desencadeado, seja, exatamente, a mesma, e na mesma ordem de nomes, a ser remetida ao Presidente da República pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 120, § 1º, III).

Mesmo não sendo o ideal para o escopo deste projeto, pode-se até entender que, em casos especiais, a lista sêxtupla final, a ser elaborada pelo Tribunal de Justiça, não se atenha, nem à ordem decrescente da votação escrutinada pelo Conselho Seccional, nem, tampouco, a qualquer votação obtida por um candidato. Poderá ela se contentar, tão-só, com o fato de o nome escolhido ter se submetido ao processo seletivo aberto pelo edital, mesmo que a esse nome o Conselho Seccional não tenha sufragado um único voto.

Por exclusão, porém, o que jamais se poderá supor e entender, a partir da adoção do novo sistema, é que o Tribunal de Justiça escolha nomes, para a lista sêxtupla final, que sequer acorreram ao edital publicado pela Ordem dos Advogados para essa finalidade, e, portanto, não participaram do respectivo processo seletivo.

Se isso ocorreu durante anos, por certo foi, única e exclusivamente, pela omissão e pelo desinteresse da própria Ordem dos Advogados em tomar a iniciativa de selecionar os novos juízes eleitorais pelo mesmo processo que, na Instituição, já seleciona os novos desembargadores também oriundos de seus quadros. Não se pode imaginar as razões que poderiam levar o Tribunal de Justiça – que não teve, em nenhum momento, sua prerrogativa constitucional de livre escolha de nomes cercada ou desprestigiada – a desprezar os nomes indicados pela classe dos advogados para, sem adotar processo e critérios

iguais aos que foram usados, escolher outros nomes que não integraram a lista dos seis mais votados pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ou – hipótese ainda mais injustificável –, elaborar a lista sêxtupla final a ser remetida ao Presidente da República com nomes outros que sequer acorreram ao processo seletivo desencadeado pelo edital publicado pelo órgão de representação da classe.

Mais do que isso – e o mais importante – é que jamais se poderá imaginar as razões que poderiam levar um advogado a não se inscrever no processo seletivo aberto em sua classe, para essa finalidade, com possibilidade de demonstrar livremente o seu desejo e de provar que preenche os requisitos constitucionais e legais para o exercício dessa judicatura, para, paralelamente, por via transversa, aceitar indicação silenciosa feita pelo Tribunal de Justiça. Com a aceitação desse convite, mesmo sendo ele honroso, estaria ele a preterir nomes de colegas que se inscreveram, foram publicamente sabatinados, defenderam seus propósitos e lograram as seis primeiras votações pelo Conselho Seccional.

Assim sendo, é plena a nossa convicção de que, ao contrário do sistema que ora vem sendo posto em prática, há anos, é lícito e razoável supor que, após a adoção, pela Ordem dos Advogados do Brasil, da nova proposta aqui sugerida, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado não mais fará nenhuma indicação de advogado, para esse fim, fora da lista sêxtupla indicada pela própria classe. Assim agindo, a Corte de Justiça Estadual estará, a um só tempo, acolhendo interpretação mais inteligente e isonômica à regra constitucional de regência, prestigiando o processo regular de seleção que o órgão de classe dos advogados

ultimou, e, em parceria com este, contribuindo, prática e eficazmente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas do País, missão que também lhe compete.

Finalmente, como não estará o Tribunal de Justiça adstrito à lista,¹⁰ seja qual for a posição a ser tomada pela augusta Corte estará, de qualquer sorte, e em qualquer circunstância, terminada a missão da Ordem dos Advogados relativamente ao assunto objeto do edital que publicou. Em outras palavras, encerrada estará a sua participação no processo de elaboração da lista sêxtupla dos advogados que devam integrar o Tribunal Regional Eleitoral.¹¹

8. DA ESCOLHA DOS NOVOS JUÍZES ELEITORAIS SUPLENTE

Da mesma lista sêxtupla de nomes, escolhida como aqui vai sugerido, surgirão, naturalmente, uma vez indicados os juízes titulares, os seus respectivos suplentes. Esses, por certo, serão os mais votados remanescentes na lista, após a saída dela dos nomes dos titulares.

As vantagens oriundas da adoção do projeto alcança ambos, titulares e suplentes; eventual desvantagem – que este artigo nunca descobriu existir – por óbvio a nenhum contamina.

10. Repete-se, aqui, a mais não poder, que a elaboração de lista sêxtupla e sua remessa ao Tribunal de Justiça, pela Ordem dos Advogados, é em caráter meramente sugestivo, sem a menor pretensão de imposição de normas, tudo ao propósito de não arrastar regra constitucional plenamente vigente e eficaz.

11. Nos Estados, o novo processo de escolha de juízes da classe dos advogados será para vaga no Tribunal Regional Eleitoral e deverá ser desencadeado pelo respectivo Conselho Seccional. Se assim se entender, o colendo Conselho Federal providenciaria, *mutatis mutandis*, para o preenchimento de vaga no Tribunal Superior Eleitoral.

9. DAS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO NOVO PROJETO

Como o presente projeto não descuida, em nenhum momento, em reconhecer, assegurar e resguardar a prerrogativa constitucional do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados em continuar escolhendo, como melhor lhes aprouver, as listas sêxtuplas dos advogados que devam compor o Tribunal Superior Eleitoral, e os Tribunais Regionais Eleitorais, respectivamente – como, aliás, vem sendo feito livremente até aqui –, dentro do campo da seriedade não se haverá de admitir a alegação, como pretexto para se rejeitar a adoção deste projeto, no seio da Ordem dos Advogados, de sua eventual inconstitucionalidade. Jurista sério não haverá de usar esse argumento, pois, se o fizer, ou não será sério, ou não será jurista.

9.1. Da Ordem dos Advogados do Brasil

Sem nenhuma dificuldade operacional que se possa obstar para impedir a adoção do projeto, a Ordem dos Advogados, com sua acolhida e imediata aplicação prática, estará – entre outras vantagens – unificando o sistema de escolha de seus filiados para integrar todos os Tribunais Judiciários do País, e não só alguns. Por outra via, estrá, também, corrigindo impropriedade jurídica que, inadvertida e injustificadamente, remanesce desde a edição do texto constitucional vigente, apesar de suas diversas modificações. Nesse passo, a nova posição tomada pela Instituição deverá se constituir,

inclusive, em estímulo ao constituinte para mudar, de futuro, o texto constitucional no que pertine às regras que regulam a espécie.

Sem embargo, mérito adicional e não menos relevante se haverá de reconhecer à Instituição que, com a adoção da nova prática, estará toldando todos os seus membros emprestados ao Poder Judiciário com o manto da legitimidade moral para a honrosa investidura, advinda da transparência dos respectivos processos de elaboração das listas. Esses – recorde-se – estarão sendo executados com a observância irrestrita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, máximas que não se pode olvidar porque deles nos está a falar o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

9.2. Do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados

Assegurada – como já está – a prerrogativa constitucional dessas Cortes para a elaboração dessas listas, com a eventual adoção do novo sistema pela Ordem dos Advogados prestigiados estarão, também, esses tribunais, na medida em que receberão, já pronta, preciosa e desinteressada colaboração do órgão de representação da classe dos advogados. Facilitado ficará, por certo, o desempenho de uma das funções constitucionais dessas Cortes.

Por certo, ainda, nesses treze anos de vigência do Texto Maior editado em 1988, era essa, exatamente, a iniciativa que o egrégio Supremo Tribunal Federal e os

colendos Tribunais de Justiça dos Estados esperavam fosse tomada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e por seus Conselhos Seccionais.¹²

9.3. Dos Nomes Escolhidos Constantes das Listas Sêxtuplas

Os advogados cujos nomes forem escolhidos para as funções de juízes eleitorais, titulares e suplentes, oriundos de lista sêxtupla elaborada pela Ordem dos Advogados, deverão ser nomeados e empossados nos respectivos cargos. Protegidos pela legalidade e moralidade do processo de suas investiduras, estarão imunes a situações constrangedoras que, eventualmente, tentem contestar ou criticar suas nomeações. Essa imunidade, hoje, não existe. Mais do que isso, com o novo sistema, esses magistrados não terão mais razão alguma para se sentirem “menos juízes”, ou “juízes menos legítimos”, em relação a seus colegas de classe nomeados para os Tribunais Regionais Federais ou para os Tribunais de Justiça.

10. DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

O Rio Grande do Sul é um dos três Estados da Federação que possui uma Justiça Militar estadual, com organização judiciária própria e, inclusive, com Tribunal

12. Prova maior e mais robusta da correção, oportunidade e conveniência deste projeto é a notícia de que, em alguns Estados, o Tribunal de Justiça tem mandado publicar no Diário Oficial, para os fins versados neste artigo, edital dando conta aos interessados da abertura das vagas, a fim de que, querendo, ponham seus nomes à disposição da Corte. Veja-se, como exemplo do que aqui é dito, a Resolução nº 1399, de 19.5.90, do eq. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba: “Estabelece normas procedimentais na formação de lista triplíce na categoria de jurista, para integrar o Tribunal Regional Eleitoral.”

de Justiça Militar.¹³ Ela é composta, basicamente, por Conselhos de Justiça, órgãos de primeiro grau de jurisdição, e pelo Tribunal de Justiça Militar, órgão máximo da hierarquia judiciária militar do Estado. Nos demais Estados, os respectivos Tribunais de Justiça funcionam como segundo grau de jurisdição da Justiça Militar estadual.

A criação da Justiça Militar estadual, com Tribunal de Justiça Militar próprio, tem por base o art. 125, § 3º, da Constituição Federal.¹⁴

10.1. Do Tribunal de Justiça Militar do Estado

A atual composição do Tribunal de Justiça Militar é de sete juizes, sendo quatro militares e três civis, conforme o art. 104, § 1º, da Constituição do Estado. Dentre os três juizes civis, uma vaga pertence a advogado de notório saber jurídico e ilibada conduta, como está assente no § 3º do dispositivo constitucional acima citado.

Do processo de indicação do nome do advogado que deve integrar essa Corte Estadual, a Ordem dos Advogados do Brasil não participa, e, dele, de nenhuma forma oficial toma conhecimento.

Vê-se, assim, que na composição do Tribunal de Justiça Militar do Estado, no que especificadamente pertine à indicação do nome de advogado para as funções de magistrado, pode-se tecer as mesmas críticas que se endereça à composição dos colegiados eleitorais, nos exatos termos em que está vazado este artigo. "*Mutatis mutandis*", as situações, na essência básica, são idênticas.

10.2. Da Extensão do Projeto à Justiça Militar do Estado

A situação da Justiça Militar, no que se refere à participação da Ordem dos Advogados do Brasil na indicação dos nomes dos advogados que devem integrar seus quadros, é igual à da Justiça Eleitoral. Assim, não há mais razão, também aqui, para o órgão de classe dos advogados não elaborar as listas indicando os nomes de seus filiados para esses tribunais. Na Justiça Militar, pelas mesmas razões, a continuidade dessa prática também se mostra inoportuna e inconveniente.

Destarte, os fundamentos que foram arrolados para justificar uma mudança de posição da Ordem dos Advogados do Brasil no que concerne à composição das Cortes Eleitorais são absolutamente apropriados para o trato de assunto idêntico no âmbito da Justiça Militar.

10.3. Da Lista Tríplex

A diferença que nos ocorre – a única, talvez – entre as duas situações reside em que, para a justiça Militar, parece-nos que não há necessidade de elaboração de uma

13. Os outros dois Estados são Minas Gerais e São Paulo.

14. No Rio Grande do Sul, a Justiça Gaúcha estadual tem assento no art. 104 da Constituição do Estado. Vide, também, a Lei Estadual nº 6.156, de 31.12.1970 (Dispõe sobre a Organização Judiciária Militar do Estado) e a Lei Estadual nº 7.356, de 1º.2.1980 (Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul).

lista sêxtupla, mas, sim, de uma lista tríplice de nomes. A lei não exige seis nomes para o preenchimento da vaga e, ademais, na Justiça Militar inexistente a figura dos suplentes. De outro lado, na Justiça Militar sempre só haverá uma vaga,¹⁵ enquanto que na Justiça Eleitoral poderão ser duas.

Assim, com essa interpretação pode-se, inclusive, razoavelmente, suprir o vazio legislativo existente sobre a matéria.

Contudo, se predominar o entendimento de que a simetria com as listas dos outros tribunais deverá ser o critério para as indicações dos nomes à justiça Militar, não haverá nenhum inconveniente maior de a Ordem dos Advogados elaborar uma lista sêxtupla de nomes também para esta Justiça Castrense. Esse aspecto meramente formal de questão não relevante não haverá, por certo, de se sobrepor ao mérito do projeto.

11. CONCLUSÃO

Este é um projeto que pode e deve ser imediatamente adotado pela Ordem dos Advogados do Brasil. No mínimo, deverá ser adotado no âmbito de cada um de seus Conselhos Seccionais visando aos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais. Sem prejuízo de estudos e colaborações que eventualmente o aperfeiçoem, é possível e recomendável sua aplicação, inclusive, em sede de Conselho Federal, para o fim de elaboração de lista

¹⁵ Pelo menos, assim é no caso do Rio Grande do Sul, por força do art. 104, § 3º, de sua Constituição Estadual.

sêxtupla dos advogados que devam integrar a composição do egrégio Tribunal Superior Eleitoral. As justificativas para a mudança são idênticas para as duas instâncias.

Igualmente, o mérito do projeto alcança tanto a Justiça Eleitoral como a Justiça Militar. Nesta, a indicação é válida para os Estados que têm Tribunal de Justiça Militar, assim como, via Conselho Federal, mais uma vez, para a composição do egrégio Superior Tribunal Militar.

O projeto, como se viu, destina-se a regular diferentemente – mas para melhor – situações futuras, acabando com prática vigente entre nós que, embora legal, já se mostrou inadequada e inconveniente com o transcorrer dos anos. Desse modo, o sistema sugerido não visa a situações pretéritas. Jamais poderá ele, também por isso, ser acusado de estar direcionando críticas ou censuras a qualquer nome ou a qualquer instituição.

É tempo de se aperfeiçoarem as instituições jurídicas do País. Esse é o principal escopo a que se propõe este artigo.

ANEXO:

PROJETO DE RESOLUÇÃO

Dispõe sobre a elaboração de listas de advogados que devem integrar o Tribunal Regional Eleitoral e o Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

O CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 58, XIV, da

Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994,

RESOLVE:

Art. 1º – A elaboração de lista sêxtupla de advogados que devam integrar o Tribunal Regional Eleitoral do Estado será procedida pelo Conselho Seccional da OAB/RS, independentemente de qualquer solicitação, aplicando-se, no que couber, o disposto em suas resoluções nº. 015/97, de 7 de outubro de 1997 e nº 009/98, de 2 de junho de 1998, assim como o constante do Provimento nº 80/96, de 10 de março de 1996, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo único – Elaborada a lista sêxtupla, será a mesma remetida ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, para os fins que aquela autoridade entender cabíveis.

Art. 2º – A providência do art. 1º, *caput*, desta Resolução, com a aplicação das mesmas regras, será adotada pelo Conselho Seccional para a elaboração de lista tríplice de advogados que devam integrar o Tribunal de Justiça Militar do Estado.

Parágrafo único – Elaborada a lista tríplice, será a mesma remetida ao Governador do Estado, para os fins que aquela autoridade entender cabíveis.

Art. 3º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

José Artério Vieira de Mello

Secretário Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco,
Auditor das Contas Públicas do Tribunal de Contas de Pernambuco, Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pós-graduado em Gestão Pública e Controle Externo pela Universidade de Pernambuco – UPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO. 3. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO. 4. A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ. 6. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ. 7. A EXCLUSÃO E ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. 8. A RESPONSABILIDADE DO JUIZ E DO ESTADO NO DIREITO COMPARADO. 9. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATIVIDADE JUDICIÁRIA DANOSA. 10. A DÊMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO. 11. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. 12. CONCLUSÃO. 13. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na concretização da atividade jurisdicional, o Estado, muitas vezes, provoca sérios prejuízos aos jurisdicionados, levando-os a suportar um ônus indevido, notadamente pelo mau funcionamento do Poder Judiciário que demora na prestação da tutela jurisdicional. Os danos provocados pelos atos ou omissões judiciais, não raramente, geram situações irreversíveis para os cidadãos; daí decorre a necessidade de exame da responsabilidade estatal.

O tema da responsabilidade do chamado Estado-Juiz é um dos mais debatidos na atualidade jurídica mundial. Ele decorre da crise de legitimidade e eficácia das leis no mundo moderno, o que ocasiona um crescimento da busca pela proteção do Judiciário, resultando numa maior preocupação com a estrutura desse Poder.

De acordo com o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,

em uma sociedade de massa, complexa, competitiva e altamente veloz, a engrenagem estatal já não satisfaz. O Judiciário, nesse contexto, por suas características e dependência orçamentária, que se aliam a um modelo desprovido de modernidade e sem planejamento eficaz, reflete ainda com mais eloquência esse distanciamento, apresentando-se como máquina pesada e hermética, sem as desejáveis dinâmica, transparência e atualidade.¹

O jurisdicionado espera que os Magistrados decidam e executem suas decisões. Conforme o ensinamento de Sidnei Agostinho Beneti, o juiz tem que

ser encarado como um gerente de empresa, de um estabelecimento. Tem sua linha de produção e o produto final, que é a prestação jurisdicional. Tem de terminar o processo, entregar a sentença e a execução.... De nada adianta à parte ver a bela sentença ornada de citações políglotas e

1 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 136.

abstrata doutrina de sutis filamentos. A parte quer saber do dinheiro dela; o réu criminal deseja ver se recebeu a pena adequada ou se foi absolvido; a vítima busca verificar se quem lhe causou dano foi condenado; o locador quer o despejo do inquilino inadimplente. A prestação jurisdicional não se exaure no escrito da sentença, muitas vezes, aliás, incompreensível para o jurisdicionado devido ao palavreado técnico. Só se realiza a prestação jurisdicional com a praticização do decidido, simples fato, cuja beleza, para o juiz, é mais significativa do que arranjos florais de extratos de livros pinçados nos afogadilhos das últimas horas – que geralmente não provam cultura, mas simplesmente acesso a uma boa biblioteca.²

Pretendemos, com a presente exposição, examinar a evolução da responsabilidade estatal e de suas teorias, fazer uma breve análise do Direito Comparado para conhecer as soluções encontradas por sistemas jurídicos estrangeiros para o problema do dano causado pela demora das atividades judiciárias e analisar se é ou não possível a responsabilização do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional no sistema jurídico brasileiro.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades³.

2 BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 12-13.

3 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 09.

A responsabilidade da Administração comporta duas modalidades: se o fato constitutivo da obrigação de indenizar traduz o não cumprimento de um contrato, a responsabilidade diz-se contratual; no caso contrário, em que tal obrigação não nasce da violação de qualquer dever estipulado num contrato, a responsabilidade diz-se extracontratual⁴. Só desta trataremos aqui.

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa.

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que essa não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. É a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.⁵

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do poder público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Desta sorte, a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos

comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.⁶

3. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Um dos pilares do Direito Constitucional é a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo⁷.

O Direito pátrio oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração. Desde o Império, os nossos juristas mais avançados propugnavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco que se iniciava na França, mas encontraram a oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no Direito Civil, todavia inadequada para o Direito Público⁸.

O Código Civil brasileiro, acolhendo a doutrina subjetivista dominante em sua época, estabeleceu em seu artigo 15 que:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

4 CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. v. II, p. 1220.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 418.

6 *idem*, *ibidem*, p. 418.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 778.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 558-559.

Tal dispositivo consagrou, de maneira equivocada, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. A imprecisão do legislador propiciou grande divergência na interpretação e aplicação do mencionado artigo, variando a opinião da doutrina e da jurisprudência entre os que verificavam, nele, a exigência da demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado.

De fato, o art. 15 do Código Civil Brasileiro não admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado. Permaneceu entre nós a doutrina subjetiva até o advento da Constituição de 1946, que, com o disposto no art. 194, acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do Código Civil.

O § 6º do art. 37 da Constituição da República de 1988 seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa e orientando-se pela teoria do Direito Público. Dessa feita, manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, ao extremo de admitir a teoria do risco integral, de acordo com a doutrina e o que tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência.

O § 6º do art. 37 da Constituição de 1988 estabelece:

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por tal preceito, o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiro por seus servidores, independentemente de prova da culpa no cometimento da lesão. Logo, firmou o princípio da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

A Constituição usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório.

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa⁹.

De acordo com a teoria da responsabilidade objetiva, todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que seja lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública.

⁹ Idem, p. 561.

independentemente de ser ato de império ou ato de gestão, já que ambos são formas de atuação administrativa.

4. A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Estado contemporâneo pode ser considerado, de forma geral, um Estado instrumental, destinado a cumprir tarefas que visam à viabilização do desenvolvimento e da realização da sociedade nos níveis político, econômico e social.

O Estado brasileiro preserva características do Estado-gendarme, não se assume como Estado-providência ou *welfare State*, funcionando como instrumento de classes dominantes e como Estado estamental.

Seja qual for o modelo de Estado em que se viva, exerce ele atividades e funções diferenciadas, como corolário do postulado básico, ao qual elas se subsumem, da tripartição dos poderes.

Três são os poderes e três os tipos fundamentais de atividades desenvolvidas pelo Estado, quais sejam, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. Esta última é a que interessa ao presente trabalho, pelo que, passaremos a analisá-la.

O Estado contemporâneo possui o monopólio da força ou da violência institucionalizada. Tal monopólio é exercido, de modo geral, pelas Forças Armadas, pela polícia e pela Magistratura.

Desta feita, a Magistratura é um aparato repressivo do Estado. Logo, o juiz é, simbolicamente, um braço armado do Estado, e, muitas vezes, não tão simbolicamente, já que possui como braço armado a polícia e as Forças Armadas¹⁰.

10 SOUZA, José Guilherme: A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652, p. 29-45, rev. 1990.

Cabe ao Estado-jurisdicção ou Estado-juiz corrigir as suas próprias distorções, além de, como é óbvio, corrigir as distorções cometidas pelos poderes Executivo e Legislativo.

A atividade do juiz é atividade judiciária, *lato sensu*. Todavia, não apenas o juiz exercita uma atividade judiciária suscetível de causar danos civilmente reparáveis pelo Estado; os serventuários de justiça, os membros do Ministério Público, os advogados de ofício e os componentes da polícia judiciária também exercem tal tipo de atividade. Desse modo, a atividade judiciária é o gênero, ou seja, são todas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou não, sem se indagar qual a sua natureza intrínseca. De acordo com José Cretella Júnior,

as funções do Poder Judiciário – funções judiciais ou judiciárias – são específicas, a saber, jurisdicionais contenciosas, ou são anespecíficas, isto é, voluntárias, administrativas, não-jurisdicionais ou não-contenciosas. Quer no primeiro caso, funcionando tão-somente como órgão judicante, quer no segundo caso, funcionando claramente como órgão que desempenha funções administrativas, o ato do juiz pode causar danos ao administrado, casos que empenham a responsabilidade do Estado brasileiro e a conseqüente obrigação de indenizar, em decorrência de ato danoso ocorrido no âmbito do Poder Judiciário¹¹.

11 CRETELLA JÚNIOR, José: *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 638.

A atividade jurisdicional abrange os denominados atos jurisdicionais, que podem ser de jurisdição contenciosa e atos de jurisdição voluntária. Os primeiros distinguem-se dos segundos por compreenderem pretensões conflitantes das partes em juízo, ou seja, o litígio existe desde o início da ação. Nos atos de jurisdição voluntária inexistem litígio no início da ação.

Ao Poder Judiciário cabe o exercício da função jurisdicional. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu art. 5º, inciso XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual pode ser excluída da sua apreciação. Logo, no ordenamento jurídico brasileiro, o Judiciário monopoliza a jurisdição, diferentemente do que ocorre em países como a França, onde existe um contencioso administrativo integrado na Administração, que exerce a jurisdição em matérias em que o interessado é o Estado-Administração.

O Estado, através da jurisdição, substitui os titulares dos interesses em conflito, para buscar, com imparcialidade, a pacificação com justiça do conflito que os envolve¹².

Ao exercer a função jurisdicional, o Estado substitui, com uma atividade sua, a das partes envolvidas no conflito trazido a sua apreciação. Logo, aplica o direito objetivo a cada caso concreto.

A finalidade da função jurisdicional consiste em manter a paz e a ordem social, e, em especial, realizar a justiça, satisfazendo o interesse da sociedade.

12 CONTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115.

Denominam-se atos jurisdicionais todos os atos praticados pelo juiz no curso do processo, ainda que não possuam conteúdo decisório, como os despachos de mero expediente.

O Estado responde por qualquer lesão que venha a ser provocada pelos atos jurisdicionais, ou seja, responde pelas sentenças, despachos de mero expediente e pelas decisões interlocutórias.

5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ

O juiz garante o princípio da legalidade, aplica o direito e controla a Administração pública. Desse modo, constitui-se em uma das peças fundamentais do sistema político, talvez a mais importante delas, pelo que, o direito deve regular as garantias necessárias frente a eventuais erros judiciais, sempre possíveis em toda obra humana – e a aplicação do direito é seu grau mais elevado -, e frente ao funcionamento anormal do Poder Judiciário.

Com efeito, os dois sistemas que historicamente têm sido gizados para essa finalidade são, de um lado, todo o conjunto de recursos cabíveis contra as decisões judiciais, e do outro, um sistema de responsabilidade que tem, necessariamente, que ir além da mera responsabilidade pessoal para converter-se em um sistema de responsabilidade do Estado – única verdadeira garantia -, sem, evidentemente, excluir-se aquela.

É esse segundo sistema o mais importante do ponto de vista institucional, por se tratar de algo profundamente enraizado na consciência social, sensibilizada pelas conseqüências que uma decisão judicial errônea ou anormal podem ter. Ademais, tal sensibilidade diante do erro judicial

tem uma projeção social, referente à necessária confiança dos cidadãos na justiça, e a segurança de que existem mecanismos técnicos apropriados para garantir ao máximo o cidadão frente a um eventual erro judicial, que se pode produzir – e isso é básico – sem que exista culpa ou negligência por parte do juiz, isso porque o povo necessita de confiança na Justiça, sobretudo por ser a guardiã dos mais importantes valores sociais¹³.

6. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ

Três são os sistemas principais sobre as teorias a respeito da responsabilidade do Estado:

- a) teoria da irresponsabilidade ou regaliana;
 - b) teorias civilistas ou mistas;
 - b.1) teoria dos atos de império e de gestão;
 - b.2) teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva;
 - c) teorias publicistas.
- a) A primeira, teoria regaliana ou da irresponsabilidade, marca a época negra dos Estados despóticos e absolutistas, quando se impôs a “irresponsabilidade do Poder Público”.

Os princípios informadores de tal teoria eram:

- a) o Rei não erra, ou não pode errar;
- b) o Príncipe sempre tem razão;
- c) os agentes do Estado, quando faltam ao dever ou violam a lei, serão pessoalmente responsáveis pelos danos, nunca o Estado.

13 REBOLLO, Luis Martín. *Jueces y Responsabilidad del Estado*. Madr: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 19.

A teoria da irresponsabilidade do Estado é incompatível com a sua concepção moderna, não obstante encontrar-se parcialmente aplicada numa ou noutra legislação, como, por exemplo, a Mexicana, que consagra a responsabilidade direta de funcionário, e, só subsidiariamente, a do Estado.

Essa teoria começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.¹⁴

b) As teorias civilistas ou mistas estão resumidas nos seguintes campos:

- b.1) teoria dos atos de império e atos de gestão:
De acordo com as teorias civilistas, os atos de império praticados pelo Estado escapariam ao domínio do direito privado, não sendo, portanto, responsabilizado o Estado por prejuízos causados por seus agentes ao atuarem invocando essa qualidade.

Quanto aos atos de gestão, desde que praticados pelo Estado, se regeriam pelo direito comum, pelo que haveria a responsabilidade do Poder Estatal todas as vezes que, por culpa do funcionário, fosse ferido direito de alguém.

b.2) teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

Pela teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, só haveria responsabilidade civil do Estado

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Ob: CR, p. 420.

quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa do agente que o executou. Na configuração da culpa, nenhuma valia teriam as distinções entre as suas modalidades. Haveria responsabilidade civil do Estado, desde que ficasse caracterizada a "culpa de serviço" (ato danoso impessoal, imperícia do agente), ou a "culpa pessoal" (negligência ou imprudência do agente), ou a culpa *in elegendo*, ou a culpa *in vigilando*.

c) Teorias publicistas

As Teorias Publicistas surgiram em face do abandono gradativo da responsabilidade do Estado com base na culpa de direito civil.

Inicialmente, a teoria da responsabilidade por culpa administrativa dominava a matéria. Consistia em que só havia responsabilidade do Poder Público quando ficasse provado que os seus órgãos ou representantes agissem culposamente, por ação ou omissão, ofendendo terceiros. Essa teoria era chamada, também, de subjetiva, uma vez que era baseada no elemento humano.

A seguir, pela teoria do acidente administrativo, o agente público deixou de ser julgado, passando a sê-lo o serviço. Tal teoria marca originalmente o princípio geral da perfeição e da continuidade do serviço público, estabelecendo essa qualidade como uma das obrigações do Estado, ou seja, se o serviço é realizado e disso resultar dano para o administrado, estará configurada a responsabilidade do Estado, independentemente da apuração da culpa e da distinção entre atos de império e atos de gestão.

Tal teoria, considerada como a primeira com caracteres objetivos, evoluiu para a teoria do risco ou teoria objetiva. Segundo ela, o Estado é a síntese patrimonial de todos os contribuintes, pelo que deve resguardar a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos. Por a atividade pública possibilitar danos ao administrado, cria para esse um Estado de desigualdade quando a ação estatal produzir lesão e de modo concreto atingir o patrimônio ou o direito do particular. Inspirada, portanto, no risco e na solidariedade social, essa teoria aponta a responsabilidade do Estado por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes, ou por fatos ocorridos em consequência de o administrado demonstrar a culpa da Administração.

Essa teoria foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, ao dispor no art. 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra a responsável nos casos de dolo ou culpa.

No dispositivo constitucional colacionado estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário, nos casos de dolo ou culpa deste.

A regra da responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços

públicos; que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; que haja dano causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço; que o agente ao causar o dano aja nessa qualidade.

7. A EXCLUSÃO E ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

A existência do nexo de causalidade é o fundamento da responsabilidade civil do Estado, a qual deixa de existir ou incide de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única.

São causas excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.

A força maior é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um raio. Não há nexo causal entre o dano e o comportamento da Administração. Todavia, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do poder público na realização de um serviço. Como ocorre no exemplo citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵,

¹⁵ Idem, p. 426.

quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente... porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa no serviço público (faute du service); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.

Nesse caso, a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.

Existindo culpa da vítima, é preciso distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenuase sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima.

Na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a citada exclusão.

8. A RESPONSABILIDADE DO JUIZ E DO ESTADO NO DIREITO COMPARADO

Por mais que tenham evoluído os direitos do cidadão, quando o Estado lhe provoca danos, não se apresenta,

ainda, consolidada na era contemporânea, entre todos os povos, a convicção de que o Estado, por provocar prejuízos às partes pelo retardamento da prestação jurisdicional, assume o dever de indenizar.¹⁶

Ao lado da crítica que se faz, e com absoluta razão, a respeito das deficiências apresentadas pelo Judiciário no desenvolvimento da missão constitucional de solucionar os conflitos, há de se defender o surgimento de mecanismos profundos e produtores de frutos efetivos e eficazes que imponham àquele, que é o maior responsável pela demora na consolidação do direito à jurisdição, o Estado, uma responsabilidade concreta, imediata e capaz de recompor o patrimônio moral e econômico do cidadão atingido por tal conduta¹⁷.

Os EUA e a Inglaterra foram os últimos países que adotaram o princípio da irresponsabilidade do Estado no trato das funções que lhe são inerentes, e já o abandonaram (*Federal Tort Claims Act*, de 1946, quanto ao primeiro país; e *Crown Proceeding Act*, de 1947, quanto ao segundo)¹⁸.

Para Yussef Said Cahali,

o tema da responsabilidade civil da Administração Pública no plano do direito comparado é de reduzida importância para compreensão do instituto no contexto do nosso Direito "...segundo ele "cada sistema jurídico apresenta-se autóctone, com suas peculiaridades

16 DELGADO, José Augusto. A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional. Responsabilidade do Estado – Indenização. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 516-517, set. 1995.

17 *Idem*, p. 517.

18 CAHALI, Yussef Said, *Ob. Cit.*, p. 19.

*locais, desaconselhada, assim, qualquer elaboração doutrinária sob inspiração dos modelos alienígenas*¹⁹.

Data maxima venia do renomado autor, o conhecimento das soluções encontradas pelos sistemas jurídicos estrangeiros, para o problema do dano causado pela demora das atividades judiciais, através do direito comparado, facilita a atividade dos intérpretes, dos legisladores e daqueles que pretendem ter um conhecimento mais vasto do direito, pelo que, trataremos do instituto em questão no direito comparado.

João Sento Sé²⁰ assinala que o princípio da irresponsabilidade do Estado-juiz prevalecia na Grã-Bretanha, Israel e Estados Unidos da América.

O *Crown Proceedings Act*, de 1947, contempla a imunidade da Coroa Britânica quando se defronta com danos praticados por qualquer agente público no desempenho das funções judiciais. Apenas quando se trata da prática de atos judiciais é que a Coroa Britânica se torna irresponsável. Nos demais relacionamentos com o Estado, prevalece o princípio da responsabilidade estatal²¹.

Em Israel, a partir de 1952, não obstante tendência em sentido contrário, subsiste a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. Igual entendimento prevalece nos Estados Unidos da América, muito embora, a partir de 1957, tenha-se intensificado o movimento para abolir essa imunidade estatal, colaborando, para tanto, decisões dos tribunais²².

19 *Idem*, p. 23-24.

20 SÉ, João Sento. Responsabilidade Civil do Estado-Juiz. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 132-140, abr./jun. 1987.

21 DELGADO, José Augusto, *Ob. Cit.*, p. 517.

22 *Idem*, *Ibidem*, p. 517.

Já na Alemanha, Bélgica, Tchecoslováquia, Polónia, Chile e Argentina a reparação da vítima, em decorrência de "erro judiciário" criminal, é nota constante²³.

Outrossim, Uruguai, Colômbia, Espanha, França e Itália admitem a responsabilidade estatal em qualquer espécie de erro judiciário, não apenas em função de "erro judiciário"²⁴, ou seja, nesses países os danos causados aos jurisdicionados pelo mau funcionamento do Poder Judiciário ensejam uma indenização a cargo do Estado.

A Constituição espanhola de 1978, no art. 121, dispõe, *verbis*:

Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, daran derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

De acordo com Juan Montero Aroca²⁵, o artigo 121 da Constituição espanhola de 1978, acima colacionado,

há venido a revolucionar aparentemente las bases de la responsabilidad judicial del Estado. Se trata de un precepto que no tiene antecedentes en el derecho constitucional español.

Consoante a lição de Eduardo Garcia de Enterría e de Tomás-Ramón Fernández, a inclusão na fórmula legal da reparação dos danos provocados pelos órgãos judiciais

23 *Idem*, *Ibidem*, p. 517.

24 *Idem*, *Ibidem*, p. 517.

25 AROCA, Juan Montero. *Responsabilidad Civil Del Juez y Del Estado Por La Actuación del Poder Judicial*. Madr: Tecnos, 1998. p. 91

tem sido sempre uma questão problemática no direito espanhol; para tais autores, o artigo 121 da Constituição espanhola veio estabelecer um novo marco geral ao estatuir que os danos causados por erro judicial e aqueles que são consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça darão direito a uma indenização a cargo do Estado, de acordo com a lei. A lei a que o preceito constitucional remete é a Lei Orgânica do Poder Judiciário - LOPJ, em cujos artigos 292 a 297 está a disciplina concretamente aplicável para fazer efetiva a responsabilidade do Estado-juiz²⁶.

Ainda segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,

...daños causados por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia- tenían ya adecuado tratamiento con anterioridad a la promulgación de la Constitución en el marco de la fórmula legal contenida en los artículos 121 LEF y 40 LRJAE. Así lo había admitido llanamente la Sentencia de 15 de diciembre de 1976 que, en un caso, de apropiación por un Secretario de Juzgado Municipal de cantidades consignadas por un justiciable dentro de un juicio de deshaucio, declaró que el perjuicio (consistente no sólo en el importe de las cantidades consignadas, sino en la pérdida de la acción civil a ello inherente) fue producido como consecuencia del funcionamiento anormal de un

26 ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madr: Civitas, 1994. p. 382-383.

*servicio público... y que de ese perjuicio debe responder la Administración al tratarse de actividad de un funcionario auxiliar de la función jurisdiccional y no de esta misma, e insertarse aquél en el servicio público que la Administración organiza como actividad auxiliar para la jurisdicción y de cuyo funcionamiento debe, en consecuencia, responder si resulta lesión patrimonial para los particulares*²⁷.

A responsabilidade do Estado pela atuação do Poder Judiciário foi enfocada por J. J. Gomes Canotilho, à luz do Direito Constitucional português. Segundo ele,

*além da responsabilidade da administração, a norma constitucional está aberta à responsabilidade por facto das leis (responsabilidade do Estado-legislador) e à responsabilidade por facto da função jurisdiccional (responsabilidade do Estado-juiz). Relativamente a esta última, a Constituição consagra expressamente o dever de indenizar nos casos de privação inconstitucional ou ilegal da liberdade (CRP, art. 27/5) e nos casos de erro judiciário (CRP, art. 29/6), mas a responsabilidade do Estado-juiz pode e deve estender-se a outros casos de "culpa grave" de que resultam danos de especial gravidade para o particular (cf. arts. 225 e 226 do CPP)*²⁸.

Assinala também Canotilho que:

Não obstante as reticências da jurisprudência portuguesa, a orientação mais recente de alguns países vai no sentido de consagrar a responsabilidade dos magistrados (de tribunais individuais e coletivos) quando a sua actividade dolosa ou gravemente negligente provoca um dano injusto aos particulares, sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juizes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova. Por outro lado, é duvidoso que, fora dos casos de responsabilidade penal e disciplinar do juiz, possa se admitir a responsabilidade civil do juiz com a conseqüente possibilidade de direito de regresso por parte do Estado. No entanto, podem descortinar-se hipóteses de responsabilidade do Estado por actos ilícitos dos juizes e outros magistrados, quando: 1) houver grave violação da lei resultante de 'negligência grosseira'; 2) afirmação de factos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; 3) negação de factos, cuja existência resulta indesmentivelmente dos actos do processo; 4) adopção de medidas privativas da liberdade fora dos casos previstos na lei; 5)

27 Idem, p. 384.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedra, 1991, p. 674-675.

*denegação da justiça resultante da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais*²⁹.

Foi nesse sentido que se orientou a lei italiana de 13.04.1988, n° 117, que resultou de exigência da coletividade, por meio de um *referendum popular*. Na Itália o Estado responde por ato jurisdicional, em casos de culpa grave, dolo ou denegação da justiça, cabendo ação regressiva contra o magistrado ou contra o órgão colegiado, se for o caso. Ressalvado o caso de dolo, a soma devida pelo juiz tem mais caráter sancionatório do que indenizatório, porque não alcança o valor total do prejuízo, mas uma porcentagem sobre o vencimento anual³⁰.

No mesmo sentido, pode-se ver a lei francesa de 05.07.1972, art. 11, relativa à reparação de danos provocados pelo funcionamento 'defeituoso' do serviço de justiça, existindo 'falta grave' (culpa) ou denegação da justiça³¹.

Pelo exposto, o direito comparado evidencia a evolução alcançada no sentido de prestigiar o direito subjetivo do cidadão de ter reparado, pelo Estado, o dano sofrido em razão da demora na entrega da prestação jurisdicional.

9. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATIVIDADE JUDICIÁRIA DANOSA

Vem-se acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária, com reflexos antecipatórios na

29 Idem, p. 675.

30 CICALA, *La Responsabilità Civile Del Magistrato*. Milano: Giuffrè, 1988. GIULIANI, PICCARDI, *La Responsabilità Del Giudice*. Milano: Giuffrè, 1987. CIRILLO, SORRENTINO, *La Responsabilità Del Giudice*. Napoli: Giuffrè, 1988.

31 LOMBARDO, *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Direito Público, 1975, p. 385.

jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos conseqüentes de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional.³²

Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro³³, alguns doutrinadores refutam a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais alegando que: o Poder Judiciário é soberano; que os juizes têm que agir com independência no exercício de suas funções; o magistrado não é funcionário público; tal indenização infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei.

A mencionada autora afirma que

*com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro Poder acima dele; ela é uma, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, porque devem obediência à lei em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade*³⁴.

Quanto à idéia de independência do Judiciário, é também inaceitável para excluir a responsabilidade do

32 CAHALI, Yusef Said, *Ob. Cit.*, p. 594.

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Z., *Ob. Cit.*, p. 428.

34 Idem, *Ibidem*, p. 428.

Estado, já que tal independência é atributo inerente a cada um dos Poderes. Outrossim, quanto ao fato de o juiz não ser funcionário público, verificamos que ainda que esse fosse tido como agente político, seria abrangido pela norma contida no art. 37, § 6º, que emprega a palavra "agente".

Quanto à responsabilidade do Estado por dano decorrente de decisão judicial transitada em julgado, não resta dúvida quanto à responsabilidade prevista no art. 5º, LXXV da Constituição Federal de 1988 que dispõe, *verbis*:

Art. 5º.

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Divergências ocorrem em outras hipóteses, em que a ação rescisória não soluciona o assunto, por ter prescrito ou sido julgada improcedente, nesse caso a decisão torna-se imutável. Sendo admitida a responsabilidade nesse caso, estar-se-ia infringindo a imutabilidade da coisa julgada, que possui uma presunção de verdade que não admite contestação.

O fato de o Estado ser condenado a pagar indenização por ato judicial não implica mudança na decisão judicial; essa continua eficaz para as partes, ou seja, essas continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada.

Desta feita, uma coisa é admitir a inconstabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano.³⁵

35 ARAÚJO, Edmir Netto. *A Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 137.

De acordo com o Min. José Augusto Delgado,

existem, no atual sistema positivo brasileiro, condições de imperar, sem nenhum ataque ao ordenamento jurídico, o princípio de que deve o Estado responder pela demora na prestação jurisdicional, desde que fique demonstrada a ocorrência de lesão ao particular. Em defesa do afirmado, podem ser elencados os seguintes fundamentos:

a) o sistema jurídico sob responsabilidade do Estado está vinculado à teoria objetiva;

b) o juiz, mesmo fazendo parte de uma categoria especial de funcionários, por ser agente político, age em nome do Estado e atua como membro de um dos seus poderes;

c) Estado e juiz formam um todo indissociável, pelo que, se o magistrado causa dano ao particular, por demora na prestação jurisdicional, cabe ao Poder Público responder patrimonialmente;

d) o art. 5º, XXXV, da CF não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. É o Estado assegurando o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente os conflitos. Responderá, portanto, pelos prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional;

e) a finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o Juiz cumprir determinados prazos fixados pelo direito formal, a exemplificar:

e.1) os arts. 280 e 281 do CPC, que cuidam do tempo

para ser prolatada a sentença no procedimento sumariíssimo e para ser o mesmo ultimado;

e.2) a determinação pelo art. 261, CPC, de prazo para o Juiz decidir a impugnação ao valor da causa;

e.3) os prazos fixados para: decidir o pedido de assistência (art. 51, III, CPC); o pedido de insolvência (arts. 755 e 758, CPC); a liberação da partilha, em inventário (art. 1.032, CPC); para determinar emenda ou aditamento à inicial (art. 284, CPC); para tomar providências preliminares (art. 323, CPC);

e.4) a determinação dos prazos para julgar: a divisão não contestada (art. 971, parágrafo único, CPC); os embargos à execução (art. 740, parágrafo único, CPC); as exceções processuais (arts. 308 e 309); a prestação de contas (art. 916, § 1º, CPC); os procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.109, CPC); o processo cautelar não-contestado (art. 803, CPC); o prazo para proferir sentença após audiência (art. 456, CPC); e outros mais existentes no CPC e no CPP;

f) constitui garantia individual implícita (art. 5º, § 2º, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também por ser inconciliável com o sistema democrático o fato de não gerar responsabilidade e descumprimento do direito positivado.³⁶

36 DELGADO, José Augusto, Ob. Cit., p. 626.

As garantias que cercam a magistratura brasileira, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a *falsa idéia* de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, gerando, muitas vezes, o efeito de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustamente causados aos jurisdicionados.

10. A DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Para RUY BARBOSA, a "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"³⁷. O atraso na prestação da tutela jurisdicional degrada e faz o homem perder a dignidade, ao fazê-lo penar por anos, muitas vezes por décadas, por entre os corredores de um foro, no aguardo de uma manifestação, qualquer que seja, do Poder ao qual foi confiada a missão de preservar das ameaças e lesões os direitos dos cidadãos.

A demora no andamento dos processos sucede em virtude de mau aparelhamento do serviço judiciário ou por desídia do magistrado, senão pela não rara conjugação de ambos os fatores. Ou o juiz age culposamente por desídia, ou, fazendo tudo quando pode humanamente fazer, não vence a passividade do Estado em remover os obstáculos à pontual prestação da tutela jurisdicional³⁸.

Vários problemas do Poder Judiciário podem ser elencados como: o volume de trabalho, em virtude do

37 BARBOSA, Ruy. *Discurso aos bacharelandos da Faculdade de Direito de SP em 1920: Oração aos moços*. São Paulo: Mensário Acadêmico, [s.d.], p. 42.

38 DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 196.

crescimento das relações entre o Estado e os cidadãos; a complexidade da atuação jurisdicional, que envolve aspectos que superam a letra da lei e alcançam o exame de valores e princípios; a rigidez procedimental excessiva, decorrente, por vezes, do demasiado apego ao princípio do devido processo legal; a sobrecarga de ações repetidas; o excesso de garantias para o magistrado.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 5º, inciso XXXV, *verbis*:

Art. 5º.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A prestação da tutela jurisdicional é o único meio de estabilizar, definitivamente, interesses em conflito.

A finalidade do serviço judiciário, que deve funcionar sem falhas, consiste em garantir a realização do direito objetivo material, para o que impõe-se ao juiz o cumprimento de determinados prazos fixados pelo direito formal³⁹.

O Código de Processo Civil estabelece no art. 125, II, que:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

Omissis...

II - velar pela rápida solução do litígio;

Omissis...

³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 193.

Outrossim, a prestação jurisdicional dentro dos prazos legalmente fixados constitui garantia constitucional implícita (art. 5º, § 2º da CF/1988), não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também, por ser inconciliável com o sistema o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.⁴⁰

A prestação da tutela jurisdicional deve acontecer com a observância dos prazos legalmente fixados, ou, na ausência da determinação de prazos, dentro de um lapso de tempo razoável, sob pena de exsurgir para o Estado o dever de indenizar os prejuízos eventualmente gerados pela demora de medida ou decisão judicial⁴¹.

A doutrina caracteriza a atividade jurisdicional defeituosa quando⁴²:

- a) o Juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes;
- b) o Juiz não conhece, ou conhece mal, o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito;
- c) o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do juiz ou por lentidão determinada por insuficiência ou falta de juizes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que impossibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³,

⁴⁰ DELGADO, José Augusto apud DERGINT, Augusto do Amaral, *Ob. Cit.*, p. 194.

⁴¹ DERGINT, Augusto do Amaral, *Ob. Cit.*, p. 194.

⁴² DELGADO, José Augusto, *Ob. Cit.* p. 526.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 721, nov. 1996.

por muitas formas pode ocorrer a chamada denegação da justiça, por parte dos magistrados:

- a) omissão em sentenciar, sob o fundamento de lacuna da lei, com ofensa ao art. 126 do CPC;
- b) recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, conforme previsto no art. 133 do CPC;
- c) negligência em dar andamento ao processo;
- d) adiamento do julgamento para aguardar decisão de outro juiz;
- e) absolvição com base no princípio *in dubio pro reo*, quando a dívida envolve apenas matéria de direito.

Enfim, todas as hipóteses em que, pelo defeituoso funcionamento do serviço judicial ou pela deficiência no exercício da função jurisdicional, ocorra omissão ou retardamento nessa prestação por parte do Poder Judiciário. A própria demora na prestação jurisdicional configura denegação da justiça.

E acrescenta que

a denegação da justiça é uma das mais graves atividades danosas praticadas pelo magistrado, pois deixa sem contrapartida o direito constitucionalmente previsto de obter, pela via da ação judicial, a proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Não há como negar a responsabilidade do Estado, além da responsabilidade pessoal do juiz, pelos danos decorrentes dessa lesão.⁴⁴

Não se deve entender como denegação de justiça a má aplicação do direito e a decisão injusta, já que nessas duas hipóteses o que pode ter havido é a incidência em alguma outra categoria de atividade judiciária danosa, não, porém, denegação de justiça⁴⁵. Desta feita, a absolvição com base no princípio *in dubio pro reo*, quando a dúvida envolve apenas matéria de direito (letra "e" acima elencada por Maria Sylvia Z. Di Pietro), por consistir em má aplicação do direito não implica denegação da justiça.

Na legislação processual brasileira, a questão dos danos causados por atos jurisdicionais está tratada em dois dispositivos, um do Código de Processo Penal e outro do Código de Processo Civil.

O art. 630⁴⁶ do CPP diz respeito à revisão criminal e não compreende as hipóteses de negligência judiciária, ou mesmo de erro em outras decisões que não sejam terminativas da ação penal.

Já o art. 133⁴⁷ do CPC estabelece os casos em que o juiz responderá por perdas e danos. Tal preceito não tem qualquer relação com a responsabilidade extracontratual do Estado. Ele limita, tão-somente, as hipóteses em que o juiz,

45 SOUZA, José Guilherme, Ob. Cit. p. 38.

46 Art. 630. O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo civil, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou do Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio imputante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

47 Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providências que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

44 Idem, *Ibidem*, p. 721.

pessoalmente, pode ser responsabilizado. Não colide, pois, com a Constituição Federal, uma vez que não restringe a responsabilidade do Estado.⁴⁸

Outrossim, ainda que o atraso na prestação jurisdicional derive unicamente de culpa ou dolo do juiz, não se pode excluir a responsabilidade do Estado, já que o art. 133 do Código de Processo Civil deve ser interpretado de acordo com o art. 37, § 6º da CF/1988, que estabelece a inafastável obrigação indenizatória do Estado pelos atos danosos de seus agentes, como também o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

A demora na prestação jurisdicional consiste em serviço público imperfeito, quer por ser derivada da indolência do juiz, quer seja pelo fato de o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça.

Conforme o Min. José Augusto Delgado,

a realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou o Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.⁴⁹

48 SE, João Sento, Ob. Cit., p. 132-140.

49 DELGADO, José Augusto apud DERGINT, Augusto do Amaral, Ob. Cit., p. 196.

A qualificação de "anormal", para que o funcionamento danoso da Justiça outorgue direito à indenização, obriga uma concreção que torna tangível tão indeterminada adjetivação. Essa deve obter-se através dos padrões de normalidade que, no caso de uma Justiça tradicionalmente lenta, cobram especial importância no tocante às dilações processuais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em sentença de 13 de julho de 1983, interpretando o artigo 6.1 da Convenção de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, apontou como critérios para verificação da razoabilidade do atraso na prestação jurisdicional a complexidade do litígio, a conduta dos próprios ligantes e das autoridades e as conseqüências que um litígio demorado implicam para aqueles. A Corte em questão entendeu também que o excesso de trabalho de um órgão judicial não é causa justificativa para a morosidade na prestação jurisdicional, principalmente, quando esse não se documenta⁵⁰.

11. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência tem posição pacífica na defesa da responsabilidade do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em conseqüência, do não-bem-actuar dos seus agentes, mesmo que esses não pratiquem a omissão dolosamente.

Acompanhando as diretrizes do direito universal, o direito brasileiro caminha no sentido de repelir de maneira gradativa a antiga teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

50 ALAS, Leopoldo Tolivar. Derecho Administrativo y Poder Judicial. Madrid: Tecnos, 1996. p. 173-174.

O primeiro passo a ser dado foi referente ao denominado erro judiciário; o com referência à demora na atividade jurisdicional, se causada por dolo ou culpa (imprudência, imperícia ou negligência).

De acordo com José Cretella Júnior,

Julgando caso em que vieram à baila a demora e o erro judicial, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que "pela demora da decisão responde o juiz correcionalmente, se causada por dolo, culpa ou desídia, não respondendo o Estado civilmente pelo erro judicial" ... Tratava-se de processo de inventário em que o viúvo inventariante requeria e obtivera alvará judicial para venda do imóvel hipotecado, sem intervenção, citação ou representação da menor herdeira. Mais tarde, a herdeira, agora maior, ingressa em Juízo com ação, propugnando anular a venda do imóvel. Levantou-se, no feito, o problema da demora havida no julgamento da causa pelo juiz de primeira instância, mas o tribunal salientou que, na espécie, tal se dera não por incúria do magistrado e sim pelas falhas e deficiências do aparelhamento judiciário, impondo ao juiz trabalho excessivo, já e em boa hora dividido por três varas⁵¹.

A resistência ainda existente no campo jurisprudencial, em alguns setores, para aceitação da responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, não se coaduna com os princípios defendidos pela Ciência Jurídica contemporânea, que se encontra atenta na elevação do posicionamento exigido, pelo cidadão, do Poder Público ser obrigado a garantir efetivamente a aplicação dos direitos subjetivos dos administrados.

A tendência majoritária do Supremo Tribunal Federal, nos últimos decênios, é de não aceitar a responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais, salvo nos casos expressamente determinados em lei, a exemplificar o erro judiciário criminal, vejamos Acórdão neste sentido, *verbis*:

EMENTA: *Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário.*

- *A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F.*
- *Recurso Extraordinário não conhecido. (Rel. Min. Moreira Alves; RE 111609/AM; DJ 19-03-1993 p. 4281)*

Todavia, o Supremo Tribunal Federal vai, pouco a pouco, admitindo a responsabilidade do Estado em decorrência das atividades judiciárias.

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. Cit., p. 648.

Em acórdão em 21 de junho de 1966, o Supremo Tribunal Federal teve ocasião de examinar por todos os ângulos o problema da responsabilidade do Estado por ato judicial moroso.

O STF concluiu, contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira, que

*a atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos reguladores da espécie*⁵².

Tratava-se de pessoa que acionara o Estado porque a alegada desídia do juiz fizera com que lhe prescrevesse a queixa-crime oferecida contra jornalista que a injuriara na imprensa local. A despeito da diligência tenaz de seu advogado, juiz e serventuários teriam sido morosos para marcar audiência e para praticar os demais atos processuais. Desta feita, o Estado não teria cumprido o dever de prestar os serviços judiciários a contento, logo deveria indenizar o prejudicado dos honorários, custas e despesas efetuadas inutilmente.

Procurou eximir-se o Estado, argumentando não ser responsável por atos do Poder Judiciário, tendo o juiz de primeira instância acolhido a ilegitimidade passiva dessa pessoa de direito público. A segunda instância reformou essa decisão reconhecendo a legitimidade passiva; retornando os autos ao primeiro grau de jurisdição, o juízo

52 Idem, p. 649.

monocrático julgou improcedente o pedido por não estarem caracterizados o dolo e a culpa do juiz criminal, assoberbado de trabalho, pois atendia a duas comarcas, razão pela qual ocorrera justo motivo para o retardamento, o que, no caso, se equipararia até a força maior. Apelou o recorrente, arguindo que pretendia responsabilizar não o juiz, mas o Estado, porque não providenciara nem equipara eficientemente o serviço da justiça, evitando-lhe o congestionamento ou provendo substituições e outras medidas curiais⁵³.

O acórdão confirmou a sentença recorrida, considerando que restou provada a inocorrência de culpa do juiz, esmagado pelo trabalho acumulado e exaustivo de duas comarcas, por impedimento do titular destas. O autor recorreu extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal, que conheceu do recurso, todavia negou-lhe provimento, foram vencidos os então Ministros Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira.

Aliomar Baleeiro, sustentando a responsabilidade do Estado pelo defeituoso funcionamento de Justiça, em voto proferido em sede do citado Recurso Extraordinário, aduziu que

se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos movimentos multitudinários, ou pelo "fato das coisas" do serviço público, independentemente de culpa de seus agentes..., com mais razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço

53 Idem, p. 649.

*da justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos....Se desde a lei de 8.6.1895 já se reconhecia direito à indenização pelo erro judiciário apurado em revista, não há por que negá-la pela inércia crônica e invencível, que levou Anatole France a pôr na boca dum personagem de referência a sua ancila: surda como um saco de carvão e lenta como a Justiça.*⁵⁴

Logo, segundo o Ministro Aliomar Baleeiro, o caso não se tratava de apreciar o justo motivo da morosidade do juiz, mas de apurar a responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça, ocasionando, pela omissão dos recursos humanos e materiais adequados, os estorvos ao pontual cumprimento dos deveres por parte de seus juizes. Em tal caso, existe a certeza da lesão e da imputabilidade da causa dela à omissão do Estado como gerador único do prejuízo. O Estado apenas se eximiria se provasse que o prejuízo ocorreu, ou ocorreria ainda que tivesse empregado todos os meios adequados para evitá-lo, nesse caso se poderia falar em força maior.

A posição do Ministro Adalício Nogueira, também vencido, foi idêntica; em seu voto afirmou que

o Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional

54 RIF 220/106 e RTJ 39/192.

*a que estava obrigado. Houve falta do serviço público. Não preciso atingir as alturas do risco, que é o cimo culminante da doutrina objetiva, para decretar-lhe a responsabilidade. Basta-me invocar o princípio da culpa administrativa, ocorrente na espécie, e que não se confunde com a culpa civil, porque procede, precisamente, do mau funcionamento de um serviço*⁵⁵.

Julgando recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acórdão que firmara a tese de que

o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania,

o Supremo Tribunal Federal deixou de conhecê-lo, em sessão plenária, por maioria, contra os votos bem fundamentados dos Ministros Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto(Relator) e Adalício Nogueira⁵⁶.

O recorrente fora denunciado pela emissão de cheques sem fundos, tendo o juiz decretado-lhe a prisão preventiva. No final, o denunciado foi absolvido a requerimento do próprio órgão do Ministério Público, todavia, mesmo assim, permaneceu preso durante 3(três) anos e 17(dezessete) dias, dos quais 2(dois) anos e 9(nove)

55 CRETELLA JÚNIOR, José, Ob. Cit. p. 650.

56 *idem*, p. 650.

meses em virtude da desídia do juiz que, tendo recebido os autos conclusos depois do interrogatório, permaneceu inerte, sem proferir qualquer despacho, como reconheceu e expressou o promotor de justiça. Ademais, no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil interferiu para que tivesse fim a inércia do magistrado⁵⁷.

Com a prisão, por prazo mais longo do que o estabelecido legalmente, o comerciante ficou reduzido à miséria e propôs ação de indenização por perdas e danos contra a pessoa jurídica responsável pelos prejuízos, no caso, o Estado de Minas Gerais.

Em primeira e segunda instâncias o pedido da ação foi julgado improcedente. O autor interpôs recurso extraordinário. Admitido o recurso, o voto de três ministros foi pela condenação do Estado mas os demais Ministros não conheceram do recurso extraordinário porque: não se contrariou dispositivo constitucional nem se negou vigência de lei federal implícita ou virtualmente; o requerente, entre outras coisas, não requereu *habeas corpus*; sua ruína financeira antecedeu à custódia preventiva; o juiz não se insere no quadro geral dos funcionários públicos, mas se constitui em categoria *sui generis*, que lhe faculta especiais garantias, indispensáveis para a completa independência funcional; o acórdão recorrido aplicou a lei em harmonia com o entendimento que lhe dão os nossos Tribunais⁵⁸.

O voto vencido do Ministro Bilac Pinto foi no sentido de que "a responsabilidade civil do Estado, na espécie, decorre da desídia do juiz, que se omitiu de praticar dentro de certo prazo, ato processual a que estava obrigado"⁵⁹.

57 Idem, p. 651.

58 Idem, p. 653-654.

59 RTJ, 64: 715.

Ao lado desse posicionamento, merece conferência o decidido pelo então Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a AC 7.243, 1ª T, em 23.07.1957, relatada pelo Min. HENRIQUE D'AVILA⁶⁰. Naquela oportunidade, a União Federal foi condenada a ressarcir os prejuízos causados a suplente de deputado em razão do mau funcionamento da Justiça Eleitoral. O recorrente, por não haver concordado com decisão do Tribunal Superior Eleitoral que o destituiu do seu mandato, interpôs embargos que foram julgados procedentes, com efeitos modificativos, quando o período do mandato já havia terminado.

O RE interposto contra essa decisão não foi conhecido, por maioria, em acórdão da lavra do Min. AFRÂNIO COSTA, assim ementado:

Sendo a função parlamentar remunerada, quem dela é despossado injustamente tem direito inequívoco a ressarcimento. Todavia, destinando-se o subsídio parlamentar a beneficiar o titular das perdas sofridas com o abandono de suas atividades costumeiras, do ressarcimento devido se subtraem os ganhos realmente auferidos naquelas atividades. Demonstrada está a timidez com que a jurisprudência vem tratando a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. O reconhecimento dessa responsabilidade não afeta, a meu entender, a soberania do Judiciário, nem provoca qualquer afronta ao princípio da autoridade da coisa julgada.

60 RDA, 54: 188.

A melhor doutrina a respeito defende que a pretensão indenizatória se legitima naqueles casos de culpa anônima do serviço judiciário, de falhas do aparelhamento encarregado da distribuição da Justiça, envolvendo, inclusive, as deficiências pessoais dos magistrados recrutados; assim, nos casos de morosidade excessiva da prestação jurisdicional com equivalência à própria denegação da Justiça, de erros grosseiros dos juizes, relevados sob o pálio candente da falibilidade humana.

12. CONCLUSÃO

Cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, o dever de prestar, regular e oportunamente, nos termos do direito positivo vigente, a tutela jurisdicional. Se há descumprimento das normas vigentes e o Poder Judiciário não funciona, ou funciona tardiamente, responde o Estado pelos danos resultantes dessas omissões, causados aos jurisdicionados.

As garantias que cercam a magistratura brasileira, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a *falsa idéia* de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, gerando, muitas vezes, o efeito de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustamente causados aos jurisdicionados⁶¹.

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 429.

Não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional.

A resistência ainda existente no campo jurisprudencial, em alguns setores, para aceitação da responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, não se coaduna com os princípios defendidos pela Ciência Jurídica contemporânea, que se encontra atenta na elevação do posicionamento exigido, pelo cidadão, do Poder Público ser obrigado a garantir efetivamente a aplicação dos direitos subjetivos dos administrados.

Entretanto, como bem afirmou Augusto do Amaral Dergint,

*a extemporaneidade e a inconsistência dos argumentos utilizados em defesa da irresponsabilidade estatal (incompatível com o Estado de Direito, com os anseios da sociedade, e mesmo com o sistema constitucional vigente), a influência da doutrina recente, do Direito Comparado e (sobretudo) da argúcia de determinados magistrados hão, inevitavelmente, de vencer a resistência jurisprudencial. Completar-se-á, então o quadro evolutivo, consagrando-se definitivamente, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da responsabilidade do Estado por atos judiciais.*⁶²

62 DERGIN, Augusto do Amaral. Ob. Cit. p. 244.

A modificação da jurisprudência atual, de fundamento pouco consistente, que defende a irresponsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, implica, objetivamente, um desenvolvimento judicial do Direito.

*E o desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente, porque sem ela os Tribunais só usurariam de fato um poder que não lhes compete*⁶³.

63 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 524.

13. REFERÊNCIAS

LIVROS

ARAÚJO, Edmir Netto. **A Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ALAS, Leopoldo Tolivar. **Derecho Administrativo y Poder Judicial**. Madri: Tecnos, 1996.

AROCA, Juan Montero. **Responsabilidad Civil Del Juez y Del Estado Por La Actuacion del Poder Judicial**. Madri: Tecnos, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da Conduta do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, v. II. 1990.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CICALA. **La Responsabilità Civile Del Magistrado**. Milano: Giuffrè, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CIRILLO, SORRENTINO. **La Responsabilitá Dei Giudice**. Napoli: Giuffrè, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. Madrid: Civitas, 1994.

GIULIANI; PICCARDI. **La Responsabilitá Del Giudice**. Milano: Giuffrè, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994.

REBOLLO, Luis Martin. **Jueces y Responsabilidad del Estado**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ARTIGOS

BARBOSA, Ruy. **Discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920: Oração aos moços**. São Paulo: Mensário Acadêmico, fev. 1990. p. 30-42.

CHAVES, Rogério Marinho Leite Chaves. A Responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 127, jul./ set., p. 267-274, 1995.

COTRIM NETO, A. B. Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 118, abr./jun. p. 85-110, 1993.

DELGADO, José Augusto. A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 9, p. 515-532, set. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 11, p. 715-723, nov. 1996.

LOMBARD. La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972. **Revista de Direito Público**, São Paulo, p. 585-592, 1975.

SÊ, João Sento. Responsabilidade Civil do Estado-Juiz. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, p. 132-140 abr./jun. 1987.

SILVA, Altamiro do Couto e. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 19-41, out./dez. 1995.

SOUZA, José Guilherme. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652, p. 29-49, fev. 1990.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

José Carlos de Arruda Dantas

Procurador do Estado de Pernambuco; Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco; Professor de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura – Núcleo Recife e Caruaru

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO. 2- DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. 3- DO DEPÓSITO RECURSAL. 4- DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 5- DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 6- DA JURISPRUDÊNCIA. 7- CONCLUSÕES. 8- REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Escolhemos como objeto do trabalho o exame acerca da constitucionalidade do depósito recursal prévio nos recursos administrativos. E, como se sabe, inúmeras normas condicionam o exame do recurso administrativo à comprovação da efetivação do prévio depósito recursal.

Essa prática não é nova entre nós e a cada inovação legislativa que passa a exigí-la ressuscita-se o debate. Recentemente, através da Lei Estadual n.º 11.903/00, o Estado de Pernambuco passou a exigir o depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da quantia que se discute como requisito de admissibilidade recursal.

Há vozes, notadamente do meio empresarial, que se opõem à obrigatoriedade do mencionado depósito, alegando, na esfera judicial, em síntese, que tal imposição viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, no trato do tema, inicialmente, examinaremos os conceitos fundamentais relacionados ao tema, para, em seguida, analisarmos os princípios constitucionais diretamente vinculados, mais precisamente o princípio constitucional da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau, procurando fixar seus alcances quer seja na esfera administrativa ou judicial.

E, como se demonstrará, a exigência dessa caução na esfera administrativa, para fins de interposição de recurso, não viola ditos princípios; ao revés, prestigia os da proporcionalidade e da capacidade contributiva, da igualdade das partes, além do contido no art. 151, incisos II e III do CTN.

Tal exigência revela-se verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade recursal. Assim, a falta do prévio depósito impede que o órgão julgador administrativo conheça do recurso, porventura interposto.

2. DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, o contencioso administrativo, notadamente o tributário, pode ser exercido por autoridades administrativas ou judiciais ou, ainda, simultaneamente, em ambas as esferas. É o que se denomina de sistema de jurisdição una, com a existência

de Tribunais Administrativos, desprovidos de função jurisdicional. Não exercem, portanto, tais Tribunais atividade judicante, como também não têm o poder de proferirem decisões imutáveis, pois estão e estarão sempre suas decisões sujeitas ao exame e ao julgamento por parte dos órgãos jurisdicionais.

Entretanto, no sistema constitucional anterior, regido pela Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 1969, e, mais precisamente, pela Emenda nº 07/77, não se aplicava no Brasil o sistema de jurisdição una. Havia a previsão, atrelada sua regulamentação à lei complementar, de um contencioso administrativo (art. 111 da CF de 1967); bem como, permitia-se o condicionamento do ingresso em juízo ao exaurimento prévio das vias administrativas. Contudo, impunha-se a não exigência de garantia de instância, e a não ultrapassagem do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a decisão sobre o pedido (§4º do art. 153 da CF de 1967).

Embora não tenha sido editada dita lei complementar, a previsão constitucional de dualidade de jurisdição (administrativa e judicial) existia na prática. Esse modelo de contencioso administrativo se assemelhava ao existente na França, onde havia uma indiscutível dualidade de jurisdição.

Outrossim, vale lembrar que a decisão de primeira instância administrativa substituiria a decisão de primeira instância judicial. Não havia mais a possibilidade de se retornar à fase probatória ou, ainda, de trazer novos fatos que pudessem exercer influência na decisão a ser proferida pelo Tribunal¹, ou seja, o Poder Judiciário apenas participava do julgamento em instância recursal.

¹ CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 89.

3. DO DEPÓSITO RECURSAL

Inúmeras leis infraconstitucionais prevêm, como condição de recorribilidade das decisões administrativas, o depósito prévio do valor da causa, da condenação ou da quantia que se discute.

Como dito, essa exigência prévia e obrigatória de realização do depósito recursal, comumente encontrada nas normas referentes aos procedimentos administrativos, evidencia-se como verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade recursal.

Cumprir destacar que a aludida exigência somente se aplica às pessoas jurídicas. Há uma total exclusão das pessoas naturais dessa exigência, o que não altera em nada sua natureza, quer seja ela constitucional ou inconstitucional.

Como se sabe, os pressupostos processuais recursais se subdividem em objetivos e subjetivos. Estes referem-se à pessoa que está recorrendo e para quem se recorre. Aqueles, ao recurso em si mesmo considerado, e se subdividem em gerais, que seriam a recorribilidade do ato decisório, a tempestividade, a singularidade recursal e a adequação; e específicos, correspondentes ao processo e procedimento de cada espécie recursal.

A principal assertiva acerca da inconstitucionalidade dessa exigência repousa na alegação de que se estaria violando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, para que possamos nos posicionar a respeito de qualquer das correntes existentes, mister se faz que tenhamos alguns comentários acerca desses princípios.

4. DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório têm por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerce o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório².

A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada de ser ouvida e de produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio.

Nesse sentir, destacamos o pensar de **Ada Pellegrini Grinover**³.

... a Constituição Federal não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, punitivos e não punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes. Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta.

² CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1 p. 533.

³ Do direito de defesa em inquérito administrativo, p. 84-85.

Na verdade, o princípio da ampla defesa assegura aos litigantes a livre produção das provas, a ciência dos atos processuais, o direito de vista dos autos, de modo que, sendo impedidos de exercerem a sua defesa no processo terão, em seu favor, o reconhecimento da nulidade de tais atos, face ao desrespeito à previsão constitucional.

Segundo o magistério de **Nelson Nery Júnior**:

Por contraditório deve entender, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes; e de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam favoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos⁴.

Em síntese, podemos dizer que contraditório significa direito à ciência e à participação, participar conhecendo, participar agindo. Assim, como demonstrado, sob o pálio da vigente Constituição, não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório a exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade recursal, posto que, ter-se-ia, quando da instauração, o processo administrativo aberto à oportunidade de defesa ampla e participação ao administrado.

4 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na constituição federal*. São Paulo: RT, 1996. p. 122 - 123.

No entanto, não se pode aceitar que, diante da existência e previsão constitucional do princípio da ampla defesa, o litigante, no processo administrativo, não se submeta a determinadas limitações e condicionamentos de ordem processual.

Destaque-se que no processo administrativo estadual (lei n.º 10.654/91 e alterações posteriores), após a lavratura da Notificação de Lançamento, é facultado ao notificado o direito de apresentar defesa no prazo azado na legislação supra, sem nenhuma limitação ou requisito de admissibilidade. Evidencia-se, portanto, que inexistente qualquer empecilho ou restrição ao exercício da ampla defesa ou do contraditório.

Nas hipóteses de cobrança de tributos, o contribuinte, ao impugnar um lançamento tributário, exerce o seu direito de defesa perante a autoridade administrativa, podendo se valer, caso não se conforme com a decisão da mesma, de recurso junto ao respectivo Tribunal Administrativo Tributário. Os recursos administrativos vão buscar, no Direito Processual Civil, a sua natureza jurídica e os seus pressupostos legais de admissibilidade.

Em sede administrativa fiscal, não se faz necessário que a plenitude de defesa se estenda às vias recursais.

5. DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A noção de recurso, melhor delineada na Idade Média, possui remotos antecedentes no direito romano, que já previa a existência de determinados instrumentos para o reexame de decisões judiciais. Os institutos denominados *apellatio*, *restitutio in integrum* e *querela*

nullitatis são os antepassados dos atuais recursos e ações autônomas de impugnação.

O direito processual pátrio consagra, na Constituição, códigos e leis esparsas, um sistema de recursos (cíveis, administrativos, penais e trabalhistas), os quais estão vinculados ao princípio do duplo grau de jurisdição, que possibilita à parte sucumbente pedir o reexame da decisão que lhe foi desfavorável para outra instância judicial ou administrativa de categoria superior, em geral, mais habilitada para empreender uma nova análise da causa.

Expressivo número de processualistas ressaltam o caráter psicológico vinculado à idéia de recurso. A parte vencida no primeiro grau não se contenta, na maioria dos casos, por força do inconformismo humano, com apenas uma apreciação da causa. A isso acresce-se a possibilidade presente de decisões ilegais e injustas, seja em decorrência de equivocada interpretação/aplicação da lei, seja diante da circunstância da autoridade ter laborado sob a influência de interesses escusos, ou em outras hipóteses semelhantes.

Dai a possibilidade de reexame da matéria por um órgão hierarquicamente superior, composto, em tese, por juízes mais experientes.

Contudo, é assente o entendimento de que o duplo grau de jurisdição pode ser limitado pela Administração quando da revisão de seus atos, haja vista não acento constitucional.

Com lastro nas lições de **Wagner Giglio**⁵ e **Manoel A. Teixeira Filho**⁶, podemos afirmar que o texto

5 GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 1992.

6 TEIXEIRA FILHO, Manoel Alves. *Sistema de recursos*. 4. ed. São Paulo: LTR, 1992.

constitucional não estabelece a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição⁷, mas apenas garante a utilização dos recursos próprios e adequados (inerentes) à ampla defesa, nos casos e termos fixados pela legislação ordinária.

A aceitação lógica do duplo grau de jurisdição não é algo absoluto e intangível, ficando sua regulamentação e cabimento para a lei ordinária, que pode, em determinados casos, vetá-los simplesmente.

Isso se dá porque a permanência da discussão na via administrativa é uma faculdade, e não um direito, uma vez que o interessado sempre terá livre acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, com a decisão da primeira instância administrativa, o administrado já terá a posição da administração em relação a sua pretensão.

O que a Constituição assegura junto aos poderes públicos é o direito de petição que não se confunde com o exercício recursal em múltiplas instâncias administrativas de conhecimento, no mais das vezes, com o mero desiderato de obter efeito suspensivo em sua exigibilidade, independentemente de garantia. Adia-se o lançamento definitivo, contando com a proverbial demora de julgamento em órgãos assoberbados por invencível acúmulo de processos.

Nelson Nery Júnior, sobre a matéria, ensina que:

A diferença é sutil, reconheçamos, mas de grande importância prática. Com isto queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por

7 Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 210.243-1/DF.

exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34 da Lei nº 6.830/80).

Esses artigos não são inconstitucionais justamente em face da ausência de 'garantia' do duplo grau de jurisdição⁸.

E no Brasil, é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança – justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo, buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades. O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais que todos têm, de acordo com a Constituição Federal. Essa é a razão por que a nossa Constituição não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, como o fez a do Império, de 1824, regra que não foi seguida pelas demais Constituições brasileiras⁹.

Em defesa dessa tese, destacam os doutos inúmeras normas em plena vigência e aplicabilidade que limitam, de alguma forma ou, se não, vedam o duplo grau de jurisdição, a saber:

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 145

⁹ _____, *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1997.

p. 124.

Não cabe recurso de apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN (art. 34 da Lei nº 6.830/80);

Das decisões proferidas pelos juizados especiais criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não cabe recurso para o Tribunal de Justiça e Superior Tribunal de Justiça; dos despachos de mero expediente não cabe recurso, consoante dispõe o art. 504 do Código de Processo Civil; dentre outras limitações ao direito de recorrer existentes no nosso ordenamento, sem ferir o inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988.

O art. 8º da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que alterou o art. 40 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, o qual estabelece o depósito recursal para a admissibilidade dos recursos no processo trabalhista, teve a sua eficácia mantida pelo Supremo Tribunal Federal, ao indeferir pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 836-6, impetrada pela Confederação Nacional da Indústria.

O art. 93 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, impõe como requisito para o seguimento do recurso, de processo originado por infração de obrigação acessória previdenciária, o depósito prévio de 100% do valor da multa atualizada monetariamente. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.049-2, o indeferiu, mantendo a eficácia desse dispositivo.

No processo do trabalho temos o não menos comentado art. 2º, § 4º, da Lei nº 5.584/70, que veda qualquer recurso contra sentenças proferidas nos dissídios

de alçada (até dois salários mínimos), salvo se versar sobre matéria constitucional, com a finalidade de dinamizar as ações trabalhistas, o que só não foi atingido a contento porque o valor de dois salários mínimos é baixo e só atinge alguns feitos trabalhistas (esse valor, como se vê, é bem inferior àqueles limites criados pelas Leis nºs 6.825 e 6.830/80).

A obrigatoriedade, nas questões previdenciárias, de efetivação do depósito recursal da ordem de 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão administrativa, como requisito para interposição de recurso previsto nos §§ 1º e 2º, do artigo 126, da Lei nº 8.213/91, foi introduzida por ocasião da reedição da Medida Provisória nº 1608-11, de 05 de fevereiro de 1998. Dita Medida Provisória veio a ser substituída pela de nº 1.973-61, de 04 de maio de 2000, em que permaneceu a exigência compulsória do depósito no percentual referido como condição de admissibilidade do recurso do contribuinte na esfera administrativa.

Portanto, nos termos acima expostos, não há que se falar em violação ao texto constitucional e à ampla defesa quando a legislação específica estabelece como requisito de admissibilidade do recurso administrativo a exigência do depósito prévio.

O que se afigura indispensável destacar no presente trabalho é que, embora tenha a Constituição Federal assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo administrativo ou judicial, não se pode acatar o argumento de que qualquer norma inferior que reclame o prévio depósito, no todo ou em parte, dos valores impugnados, para que seja possível a interposição de recurso à instância decisória superior, estará vulnerando, frontalmente, os citados princípios, explicitamente consignados em nosso ordenamento constitucional.

Não se diga, também, que a exigência do depósito prévio atenta contra o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), posto que ao contribuinte é dada a oportunidade de obter uma apreciação de sua situação, na esfera administrativa, podendo, ainda, pleitear a apreciação em tela, na esfera do Poder Judiciário.

Por fim, cabe tecer alguns comentários em torno da exigência do depósito prévio, nos recursos administrativos, à luz do contido no artigo 151, II e III, do Código Tributário Nacional.

Ao teor desse artigo verifica-se que somente se suspende a exigibilidade do crédito tributário quando o depósito for integral e em dinheiro, conforme, inclusive, se encontra previsto na Súmula nº 112, do Superior Tribunal de Justiça.

Nesses casos, o depósito gera o efeito suspensivo, de modo a impedir a execução judicial. Por outro lado, esse depósito é uma mera faculdade do contribuinte, que pode efetuar-lo ou não, seja nos autos da ação principal ou em ação autônoma.

Assim, a prévia exigência do depósito recursal homenageia o contido nos dispositivos supra. Por conseguinte, incumbe a cada ente político estabelecer, nos termos do previsto no Código Tributário Nacional, as condições, os limites e as situações em que poderão ser oferecidos impugnações ou recursos.

6. DA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais pátrios divergiam a respeito da constitucionalidade da imposição de depósito, como condição para a admissibilidade de recurso, em diversas espécies de procedimentos administrativos.

A imposição do prévio recolhimento de parte do crédito tributário, ainda em debate, para que o administrado, na condição de contribuinte, possa exercer o direito da ampla defesa é repudiável. Ao legislador infraconstitucional não se admite criar restrições ou dificuldades na utilização de direitos consagrados constitucionalmente, promovendo pressuposto de admissibilidade recursal administrativa, de ordem pecuniária¹⁰.

Enquanto alguns Tribunais não admitiam restrições à chamada primeira instância administrativa, outros entendiam que

“A exigência de depósito prévio não viola o direito à ampla defesa, uma vez que o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, comportando limitações de ordem infraconstitucional. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em virtude de reclamações e recursos administrativos, deve ser exercida ‘nos termos das leis e regulamentos administrativos’. O recurso administrativo é uma faculdade do contribuinte, sendo-lhe assegurada à via judicial, não se podendo atribuir ao depósito prévio o caráter de taxa ou de confisco¹¹”.

10 RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 2630/2000 (19072000) da 11ª. Câmará Civil, Relator: Des. Cláudio de Melo Távares, J. em 08 jun. 2000.

11 BRASIL, Tribunal Regional Federal, 3. Apelação em Mandado de Segurança nº. 1999.61.12.002934 - 8 - SP, Relatora: Des. Terezinha Cázerta, J. em 09 fev. 2000.

Contudo, esse embate ficou prejudicado, após manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade das normas que versam sobre o depósito recursal na esfera administrativa com o ordenamento constitucional vigente.

CONSTITUCIONAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. MULTA. DEPÓSITO PRÉVIO. ART. 93 DA LEI Nº 8.212/91.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 210.246, decidiu pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹²

7. CONCLUSÕES

1. A Carta Política de 1988 adotou o sistema de jurisdição una, eliminando a dualidade existente na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 1969, e, mais precisamente, pela Emenda nº 07/77;
2. A ampla defesa e o contraditório têm por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis. Sua observância ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada de ser

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 280941/M-1ª Turma, Relator: Min. Ilmar Gahão - julgado em 03 de out. 2000. *Diário da Justiça da União*, 9 fev. 2001.

- ouvida e de produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio;
3. Não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório a exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade recursal;
 4. Nas hipóteses de cobrança de tributos, o contribuinte, ao impugnar um lançamento tributário, exerce o seu direito de defesa perante a autoridade administrativa, podendo se valer, caso não se conforme com a decisão da mesma, de recurso junto ao respectivo Tribunal Administrativo Tributário;
 5. Em sede administrativa fiscal, não se faz necessária que a plenitude de defesa se estenda às vias recursais;
 6. O texto constitucional não estabelece a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, apenas garante a utilização dos recursos próprios e adequados (inerentes) à ampla defesa, nos casos e termos fixados pela legislação ordinária;
 7. A permanência da discussão na via administrativa é uma faculdade, e não um direito, uma vez que o interessado sempre terá livre acesso ao Poder Judiciário;
 8. Com a decisão da primeira instância administrativa, o administrado já terá a posição da administração em relação a sua pretensão;
 9. A Constituição assegura junto aos poderes públicos o direito de petição que não se confunde com o exercício recursal em múltiplas instâncias administrativas de conhecimento, no mais das vezes, com o mero desiderato de obter efeito suspensivo em sua exigibilidade, independentemente de garantia, adiando o lançamento definitivo, contando com a proverbial

demora de julgamento em órgãos assoberbados por invencível acúmulo de processos;

10. Não há que se falar em violação ao texto constitucional e à ampla defesa quando a legislação específica estabelece como requisito de admissibilidade do recurso administrativo a exigência do depósito prévio;
11. Não se diga também que a exigência do depósito prévio atenta contra o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), posto que ao contribuinte é dada a oportunidade de obter uma apreciação de sua situação, na esfera administrativa, podendo, ainda, pleitear a apreciação em tela, na esfera do Poder Judiciário;
12. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo.

8. REFERÊNCIAS

CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento Administrativo Tributário**. São Paulo: Atlas, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. In: _____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios Fundamentais**. Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Alves. **Sistema de Recursos**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1992.

TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO

José Eduardo Carreira Alvim

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), e membro do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2. TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA - QUESTÃO PRAGMÁTICA. 3. TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA - DISTINÇÃO NECESSÁRIA. 4. EFEITO DEVOLUTIVO DA SENTENÇA QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. 5. JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO. 6. CONCLUSÃO.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Problema dos mais críticos em sede doutrinária se liga ao momento em que pode ocorrer a antecipação da tutela, havendo quem sustente (*Marinoni*)¹ que o juiz pode concedê-la ainda que esteja em condições de proferir a sentença de mérito. No mesmo instrumento em que é proferida a sentença, doutrina *Marinoni*, o juiz poderá, antes da sentença, e através de decisão interlocutória, conceder a tutela antecipatória, evitando, assim, que o custo do duplo grau de jurisdição possa

.....

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

recair sobre os ombros do autor que detém um direito que não foi controvertido por participação inepta e indevida do réu.²

Em linha paralela com esse jurista, afirmo que, não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ser concedida a qualquer tempo, na inferior instância, *antes* da sentença, bastando tenha-se tornado necessária, o que pode ocorrer no curso do processo ou depois de produzida determinada prova.³

2. TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA-QUESTÃO PRAGMÁTICA

Em sede pretoriana, os juízes —, sensíveis à crítica sobre a atecnia entre a possibilidade de *se efetivar* uma tutela antecipada, fundada num juízo de *probabilidade*, e a impossibilidade de execução imediata da sentença de mérito, fundada num juízo de certeza —, animaram-se a conceder a tutela antecipada na própria sentença, destacando dois capítulos: a) um para sentenciar o mérito da causa; e b) outro para antecipar a tutela *na* sentença.

Esse procedimento, de se antecipar a tutela na sentença, gerou um outro problema, quanto ao recurso cabível dessa decisão, havendo quem entenda que da decisão antecipatória cabe agravo de instrumento, e da sentença de mérito, apelação.

² Idem, *Ibidem*.

³ CARREIRA ALVIM, J.E. *Tutela antecipada na reforma processual*, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 64.

Na esfera recursal, o princípio da *unirrecorribilidade* só admite exceções nos casos expressos, em que o próprio Código de Processo Civil admite a interposição (não o julgamento) simultânea de dois ou mais recursos, como acontece com os embargos infringentes e os recursos especial e/ou extraordinário (art. 498 do CPC). Assim, em princípio, uma mesma sentença, ainda que contenha a tutela antecipada embutida, não pode ser impugnada por dois recursos ordinários: um agravo de instrumento e uma apelação. E não pode porque, ainda que embutida na sentença, a tutela antecipada é um capítulo dela, e não uma interlocutória, e apenas as verdadeiras e próprias interlocutórias são impugnáveis por meio de agravo (art. 522 do CPC). Faltarão, no caso, um dos pressupostos objetivos do recurso que é a *adequação*, pois o recurso deve ser o adequado à impugnação pretendida. A lei é que estabelece que decisões são recorríveis e por meio de que recursos. Nem se pense, que, na ausência de recurso, tenha cabimento mandado de segurança, porque não cabe, dado que o único recurso admissível em tal hipótese, haja ou não a antecipação de tutela, é a apelação, que é o recurso adequado à impugnação das sentenças de mérito.

Quando a tutela antecipada é concedida na sentença, tem-se admitido que a parte contrária utilize do disposto no art. 558, parágrafo único, do CPC, requerendo ao relator — ou, antes da distribuição, ao Presidente do Tribunal ou a quem lhe faça as vezes —, a suspensão do cumprimento das sentença até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Trata-se de simples “*petição*”, devidamente fundamentada, e que é despachada pelo relator ou presidente, deferindo ou não o pedido de

suspensão temporária, admitindo, quando muito, por analogia com o agravo de instrumento, a interposição de agravo *interno* (regimental) para a turma ou câmara que irá julgar a apelação. Tem-se admitido, também, a medida cautelar no tribunal, para suspender a eficácia da tutela antecipada na sentença, evitando eventuais prejuízos para a parte sucumbente. No entanto, a medida cautelar só teria cabimento no tribunal *depois* de interposta a apelação, porque consoante o art. 800 e parágrafo único, do CPC, as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa, e, somente depois de interposto o recurso, serão requeridas diretamente ao tribunal.⁴

Quando procedente a ação, e o juiz se omite sobre o pedido de antecipação da tutela na sentença, tem-se admitido a sua concessão até mesmo nos embargos de declaração, interpostos para esse fim (Resp. n. 279.251-SP).⁵

3. TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA – DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Existe uma diferença, pouco percebida pela doutrina, entre, de um lado, a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial* —, a verdadeira tutela

4 O STJ vem entendendo que as medidas cautelares, para emprestar efeito suspensivo a recurso especial, não interposto, devem ser requeridas ao órgão monocrático do tribunal de origem competente para o exame da sua admissibilidade, e não diretamente ao Tribunal Superior.

5 TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração.

A tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão, anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido. (Resp. n. 279.251-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4ª Turma, un. DJ 30/04/01, p. 136)

antecipada —, e de outro, a *antecipação dos efeitos da sentença*, estando a primeira disciplinada pelo art. 273 do CPC, enquanto a segunda tem residência no art. 518 do CPC. À primeira, denomina-se, simplesmente, “*tutela antecipada*”, e à segunda, vem-se denominando “*tutela antecipada na sentença*”.

A tutela antecipada concedida *antes* da sentença não provoca nenhuma divergência na doutrina, admitindo-se contra ela o agravo de instrumento nos termos do art. 522 do CPC; até mesmo em sede mandamental, a liminar é impugnável mediante o recurso de agravo.

O mesmo não acontece, porém, com a tutela antecipada *na* sentença, em torno da qual giram inúmeras controvérsias, não só no que tange a essa possibilidade, como, sobretudo, sobre o recurso eventualmente cabível contra a sua concessão, por ocasião da decisão de mérito.

Em princípio, registro que a sentença de procedência da demanda está sujeita a recurso de duplo efeito, quando o propósito da lei é obstaculizar a sua imediata execução, ou, então, a recurso de efeito somente devolutivo, quando esse propósito for o de permitir a sua imediata execução.

Quando se atribui ao recurso o duplo efeito, é porque a parte que perdeu a demanda tem reais possibilidades de reverter o seu conteúdo, caso em que não teria sentido permitir-se a execução de uma sentença que será reformada no tribunal. É a hipótese, por exemplo, em que a sentença contraria jurisprudência pacífica do próprio tribunal ou de tribunal superior: se não for reformada por este, se-lo-á provavelmente por aquele.

Ao contrário, quando se atribui ao recurso o efeito somente devolutivo, é porque a parte que venceu a demanda tem reais possibilidades de manter a sentença

nos termos em que foi proferida, caso em que não teria sentido aguardar-se o seu trânsito em julgado, para, só então, possibilitar ao vencedor o gozo do direito nela reconhecido. É a hipótese, por exemplo, em que a sentença está ajustada à jurisprudência do próprio tribunal ou de tribunal superior, havendo remota possibilidade de que venha a ser reformada.

Portanto, uma coisa é a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*, conhecida como "*tutela antecipada*", e coisa diversa a *antecipação dos efeitos da sentença*, conhecida como *tutela antecipada na sentença*. E a diferença está na natureza do próprio juízo formulado pelo julgador, porquanto, na primeira hipótese, a decisão se funda num juízo de *verossimilhança* (probabilidade),⁶ enquanto, na segunda, se funda num juízo de *certeza*.⁷

Quando se afirma que existe uma atecnia no ordenamento jurídico nacional, ao permitir a "efetivação" da decisão concessiva de tutela antecipada (apenas *verossímil*) e não permitir como regra a "execução" da sentença (fundada na *certeza*), não se tem noção da enorme diferença que existe entre a tutela antecipada *antes* da sentença e a tutela antecipada *na* sentença, pois são distintos os dois institutos jurídicos, sendo diversos, por isso, também, os preceitos legais em que se apóiam. Quando se trata de tutela antecipada *antes* da sentença, tem ela o seu fundamento no art. 273 do CPC, e quando

se trata de tutela antecipada *na* sentença — na verdade, a antecipação dos efeitos da sentença —, a hipótese tem o seu fundamento no art. 518 do CPC.

O pedido de suspensão da eficácia da sentença, através da técnica de se dar apenas um efeito (devolutivo) ou dois efeitos (devolutivo e suspensivo) ao recurso, deve, ou não, ser deferido, conforme haja, entre os dois interesses em conflito —, o do requerente, em suspendê-la e o do requerido em não suspendê-la —, maior risco de dano para um do que para outro, tudo consoante também o juízo de probabilidade formado pelo juiz.

Para tanto, deve o juiz ou o relator, conforme a hipótese, orientar-se pelo princípio da *proporcionalidade*, fazendo com que prevaleça, em princípio, a pretensão (*material*) da parte, cujo sacrifício poderia importar em maior prejuízo para esta do que eventual benefício para a parte contrária. Assim, se, do deferimento do pedido de suspensão, puder resultar para o vencedor da demanda maior prejuízo do que o benefício que dela poderia resultar para o sucumbente, deve o juiz *indeferir* o pedido; se do indeferimento do pedido de suspensão puder resultar para o sucumbente maior prejuízo do que o benefício que poderia resultar para o vencedor da demanda, deve então *deferir* o pedido. Suponha-se que o juiz dê pela procedência da ação, reconhecendo como ilegal a suspensão do benefício previdenciário, pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, e outorgue, na sentença, a tutela antecipada pedida pelo autor. Tendo os proventos natureza alimentar, e sendo, até então, legítimos, pois, como tal, foram reconhecidos em primeiro grau, a suspensão da sentença causaria ao autor (beneficiário ou segurado) maior

6 A verossimilhança nada mais é do que a probabilidade no seu grau médio.

7 A certeza nada mais é do que a probabilidade elevada ao seu grau máximo.

dano do que o eventual benefício que pudesse dela resultar para o INSS, economizando valores que nenhum risco traz ao sistema previdenciário.

Na prática, deve o juiz, ao proferir a sentença, em vez de dizer que *concede a tutela antecipada da sentença*, dizer, simplesmente, que *antecipa os efeitos da sentença*, com o que estará dizendo que eventual apelação será recebida no efeito apenas devolutivo, como autoriza o art. 518 do CPC.⁸

4. EFEITO DEVOLUTIVO DA SENTENÇA QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Com a promulgação da Lei n. 10.352/01, foi acrescentado o inciso VII no art. 520 do CPC, dispondo que a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”, o que vem confirmar as conclusões que adoto, quando sustento que, com base no art. 518 do CPC, pode o juiz atribuir apenas um ou ambos os efeitos ao recurso de apelação, dependendo da eficácia imediata ou mediata que entenda deva ter a sentença no caso concreto.

Ora, não é sistematicamente concebível que, tendo o juiz antecipado a tutela, com fundamento na verossimilhança —, que perde todo sentido depois que é proferida a sentença, fundada na certeza —, a apelação tenha efeito somente devolutivo, e pelo fato de não ter

⁸ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.”

havido a antecipação da tutela, muitas vezes por questões probatórias, não se reconheça ao juiz o poder de negar à apelação o efeito suspensivo, quando entenda que a sentença de mérito deva produzir de imediato, total ou parcialmente, os seus efeitos. No primeiro caso, a hipótese vem contemplada no art. 520, VII, do CPC; no segundo, vem permitida pelo art. 518 do mesmo Código.

Por fim, na medida em que grande parte da doutrina e a jurisprudência do STJ (Resp. n. 279.251-SP) já admitem a tutela antecipada na sentença, seria apenas uma questão vernacular, mas com superior rigor técnico, falar-se em “antecipação dos efeitos da sentença” (Calmo de Passos) do que em “antecipação da tutela pretendida no pedido inicial”, já tendo sido prolatada sentença a respeito.

5. JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO

No âmbito dos tribunais de apelação, estaduais e federais, a jurisprudência tem sido condescendente com a antecipação da tutela na sentença, em capítulo próprio, confirmando tais decisões, como forma de corrigir a atecnia do sistema processual, de permitir, como regra, a *efetivação* de uma simples decisão interlocutória, calcada na *verossimilhança* (probabilidade), e não admitir a execução imediata (e provisória) da sentença, fundada no juízo de certeza, afora as exceções contidas no art. 520, segunda parte, incisos I a VII⁹, do CPC (homologar a divisão ou a demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o

⁹ O inciso VII do art. 520 foi acrescentado pela Lei n. 10.352/01.

processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirmar a antecipação dos efeitos da sentença).

O Superior Tribunal de Justiça (Resp. n. 279.251-SP) seguiu a mesma diretriz, e ampliou até o alcance dessa possibilidade, assentando que a tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração.¹⁰

6. CONCLUSÃO

Até que amadureça a distinção doutrinária —, e produza frutos em sede jurisprudencial —, entre *tutela antecipada antes da sentença*, que é a verdadeira e própria “tutela antecipada” de que trata o art. 273 do CPC, e a *tutela antecipada na sentença*, que é na verdade a “antecipação dos efeitos da sentença” permitida pelo art. 518 do CPC, por certo a técnica preferida pelos juízes —, quando não tenham concedido antes a tutela antecipada —, continuará sendo a de antecipá-la por ocasião da sentença de mérito.

Espera-se, apenas, que essa tolerância não venha gerar dois recursos — um agravo de instrumento e uma apelação — para o controle da atividade jurisdicional, afrontando-se o princípio da unirecorribilidade, para solucionar um problema de ordem pragmática.

10 Resp. n. 279.251-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4ª Turma, un., DJ 30/04/01, p. 138.

ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.
Ex-aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-
ESMAPE. Procurador Federal da Advocacia Geral da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. ICMS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO. 1.1 Noções Gerais. 2. ICMS DE PERNAMBUCO. 2.1. Noções Gerais. 2.2 Incidência e Contribuinte. 2.3. Momento de Ocorrência do Fato Gerador. 2.4. Local da Operação ou da Prestação. 2.5. Não-incidência. 2.6. Isenção e Diferimento. 2.7. O Comércio Exterior no Decreto Estadual n.º 14. 876/91. 2.8. Base de Cálculo. 2.9. Não-cumulatividade e Crédito. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho analisa-se o tratamento jurídico do ICMS, especificamente no Estado de Pernambuco, diante das importações e exportações. Devido à importância desse tributo para a receita dos Estados Membros, tendo em vista ser sua principal receita, somado ao fato do crescente desenvolvimento do comércio internacional, resolveu-se aprofundar os conhecimentos sobre o tratamento normativo vigente, do ICMS de Pernambuco, na órbita internacional. O objetivo a ser alcançado é especificar o conhecimento quanto à regulamentação desse tributo no plano das importações e exportações, para, se possível, atentando-se para as limitações do âmbito de pesquisa deste trabalho, contribuir com uma proposta de reforma na legislação estadual, visando a oferecer uma maior

competitividade à atividade empresarial deste Estado. A fim de realizar esse desiderato, procede-se a um estudo doutrinário, jurisprudencial e legal da Constituição Federal Brasileira de 1988, da Lei Complementar n.º 87/96, do Código Tributário Nacional e da Legislação vigente no Estado de Pernambuco relativa ao ICMS.

1. ICMS, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

1.1. Noções gerais

O ICMS é de **competência** dos Estados Membros e do Distrito Federal, sendo tributo predominantemente fiscal, por ser a principal fonte de receita. Mas pode ser usado com função extrafiscal, para atrair investimento, bem como ser seletivo em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço. O Senado Federal pode fixar algumas de suas alíquotas, limitando o legislador ordinário, consoante art. 153, § 2º, incs. IV e V da Carta Magna. É regulado por lei complementar, atualmente a LC n.º 87/96, nos termos do art. 155, § 2º do mesmo diploma legal, que disciplina, v.g., a forma de concessão e revogação de benefícios fiscais, mediante deliberação dos Estados, por meio de convênio, que não concede isenção, o que é feito por lei, por ser matéria de reserva legal, conforme art. 97, IV do CTN, apenas funcionando como limitações ao Poder Legislativo Ordinário. A lei complementar não institui o imposto, apenas serve para promover a unidade nacional, limitando o campo de atuação do legislador ordinário, que institui o tributo, descrevendo seu fato gerador.

Para que haja **incidência** do ICMS sobre a operação relativa à circulação de mercadoria, é necessário que ocorra

mudança de propriedade e circulação econômica, a exemplo da execução do contrato de compra e venda. Dessa forma, a mera circulação de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa não é fato gerador, por inexistir o aspecto econômico, o ato lucrativo; mas para efeito de substituição tributária, a LC 87/96, art. 7º inclui como fato gerador do imposto a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado. As mercadorias são coisas corpóreas destinadas ao comércio; não o são as de uso próprio, nem as do ativo fixo; há exceção constitucional apenas no que se refere à entrada de bens importados do exterior destinados a consumo, ou ativo fixo do estabelecimento comercial, industrial ou produtor do importador, o que não inclui pessoas físicas, por não terem estabelecimento, em ativo fixo e não serem mercadoria, isto é, comprar para vender, visando ao lucro, base da atividade empresarial e pelo fato de a exceção não poder ser interpretada ampliativamente, principalmente para incidir tributo.

Por seu turno, o ICMS incide sobre os serviços onerosos de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, exclusivamente, não incidindo sobre serviços gratuitos, v.g., transporte de carga própria. A competência para tributar os serviços em geral é dos Municípios, de forma que o Decreto-lei n.º 406/68, parcialmente alterado pelo Decreto-lei n.º 834/69, o art. 8º e recepcionado pela Constituição, nos termos do art. 34, § 5º do ADCT, enumera uma lista de serviços sujeitos ao ISS, só se submetendo ao ICMS os serviços não descritos na lista ou os que essa expressamente ressalvar.

É um imposto não **cumulativo**, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço, com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, ou pelo Distrito Federal, cabendo à lei complementar regular o regime de compensação do imposto, consoante art. 155, § 2º, I e 153, § 2º, XII, "c", respectivamente, o que é feito pela LC 87/96, que admite a utilização de créditos relativos à entrada de mercadorias destinadas ao consumo ou ativo fixo do adquirente.

Em regra, seus **contribuintes** são: a) pessoas que pratiquem operações relativas à circulação de mercadorias; b) prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e c) prestadores de serviço de comunicação.

O art. 6º, "a" do Decreto-Lei n.º 406/68, recepcionado pela Constituição por força do art. 34, § 5º do ADCT, fixa como contribuinte do imposto o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída de mercadoria, o que a importa do exterior ou arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo poder público, mercadoria importada e apreendida. Ou seja, não inclui as pessoas físicas por não terem ativo fixo, estabelecimento, nem mercadoria, não havendo caráter profissional e habitualidade. Contudo, o STJ no Resp n.º 53.569-7, publicado no DJ no dia 05.12.94, reza que a aquisição por pessoa física, destinada a uso próprio, de aeronave do exterior, está sujeita à incidência do ICMS, cujo fato gerador considera-se ocorrido quando do recebimento da mercadoria pelo importador e o local da ocorrência é o domicílio do importador pessoa física que realizou a operação. Mas com esse entendimento, qualquer

entrada de mercadoria ou bem do exterior estaria submetida ao ICMS, o que exigiria a absurda obrigação acessória de inscrição do turista eventual no Cadastro de Contribuintes do Estado.

O **lançamento** do ICMS é feito por homologação, apud art. 150 do CTN, de acordo com a contabilidade de cada contribuinte, que recolhe o montante em cada mês, independente da autoridade administrativa. Na inércia do contribuinte, pode haver lançamento de ofício.

A **base de cálculo** contém a dimensão da obrigação pecuniária, quantifica o objeto da imposição fiscal, o *quantum* devido pelo contribuinte (Cf. BARRETO, 1987). O ICMS é vinculado ao preço das mercadorias e dos serviços, não se incluindo elementos a ele estranhos, como seguros e juros, por terem natureza jurídica. Na falta do valor, se toma como base o preço corrente da mercadoria ou similar no mercado atacadista local da operação, ou o preço do serviço no mercado local, dentre outros critérios fixados na LC 87/96, arts. 15 e 16. A prefixação de valores em pauta fiscal foi declarada inconstitucional pelo STF, por desprezar o valor da operação, nos moldes do art. 2º, I, do DL n.º 406/68, só sendo admitida mediante processo regular, com avaliação contraditória se inidônios os documentos apresentados pelo contribuinte, art. 148 do CTN c/c LC 87/96. Toda e qualquer exportação de bens e serviços é desonerada de ICMS, conforme art. 3º, da lei complementar acima. Por fim, o ICMS não compreenderá em sua base de cálculo o montante do IPI, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização configure

fato gerador dos dois impostos, por força do art. 155, da Carta Magna e do art. 15, § 3º da mesma LC.

O Decreto-Legislativo n.º 406/68, art. 2º, IV dispõe que a base de cálculo do ICMS é o valor constante dos documentos de importação, convertido à taxa cambial do dia, acrescido do valor do II e IPI e demais despesas aduaneiras efetivamente pagas. Todavia, por serem esses elementos estranhos ao preço, entende-se que o ICMS somente deve ser calculado sobre o valor da operação mercantil, exclusivamente sobre o preço, sob pena de desrespeito ao pacto comercial. Se inidôneos os documentos do contribuinte, a autoridade aduaneira pode fixar valor para a base de cálculo do II. No tocante à variação cambial nas importações, ou seja, a diferença entre o valor recolhido no momento do fato impositivo e o valor efetivamente pago, quando da liquidação do fechamento, a jurisprudência entende que não pode a Fazenda exigir a variação cambial, por ser elemento estranho ao fato gerador do tributo e pela cobrança do tributo antes da ocorrência do fato gerador; logo, não tem direito a pleitear eventual diferença relativa, salvo se desconhecida a taxa cambial, cobrando-se o tributo por estimativa.

A **imunidade** é uma limitação constitucional à competência tributária, por excluir o poder de tributar em certos casos. Impede, assim, a incidência tributária de modo automático e infalível, por estabelecer expressamente incompetência, obstando a atividade legislativa impositiva, o que só pode ser feito pela soberana Assembléia Constituinte, a exemplo do art. 155, § 2º, X. O serviço de transporte internacional não é abrangido pelo ICMS, por não ter sido distribuída competência nesse caso. Mesmo

que o transporte seja fragmentado, não incide o imposto sobre o serviço com início e fim no território brasileiro, o que é comum devido à realização de acordos de pesos, cargas e segurança no Cone Sul pois, na realidade, há um único contrato de caráter internacional, no qual o transporte é feito por veículos da mesma modalidade, uma continuidade do serviço iniciado no país, nos termos do art. 8º, II, da Lei n.º 6.288/75 e da LC 87/96, art. 3º, I, visando a desonerar as exportações nacionais.

As **isenções** são formas de exclusão do crédito tributário, na forma do art. 175, I, do CTN, por abrir uma exceção à norma de obrigação tributária, impedido o nascimento desta. Uma de suas formas é o **draw back**, que elimina gravames tributários incidentes na exportação de mercadorias que serão usadas, v.g., na fabricação de produtos destinados à exportação. É um incentivo à exportação, que visa a diminuir o custo de produtos nacionais, para que possam concorrer com similares estrangeiros. O DL n.º 37/66, art. 78, I a III e o Decreto Federal n.º 91.030/85 regulam o Regime Aduaneiro e elencam as modalidades existentes no Brasil, a exemplo da restituição dos tributos incidentes na importação de mercadoria a ser exportada após industrialização. Os Convênios ns.º 27/90, 16/96 e 65/96 possibilitam sua aplicação na esfera federal, observadas as condições legais. Por fim, é comum a concessão de isenções de ICMS em acordos internacionais, a exemplo do GATT, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, referendado pelo DL n.º 42/50 e a Lei Federal n.º 40.138/62, que garante a extensão de desoneração tributária já concedida na ordem nacional a produtos similares importados de países signatários do acordo, como já abordado. Advirta-se que

não basta o acordo, sendo também necessário haver a existência de similaridade.

A lei ordinária que extingue ou reduz uma isenção assemelha-se à que cria ou aumenta um tributo, somente podendo ser aplicada no exercício vindouro ao de sua entrada em vigor, art. 150, III, "b" da CF, devendo submeter-se ao princípio da anterioridade, que visa a proteger o contribuinte, dando-lhe segurança e previsibilidade da ação estatal.

A concessão de isenção de ICMS é feita por meio de decreto legislativo, que ratifica convênio celebrado pelos Estados e o Distrito Federal, devido ao princípio da legalidade das isenções tributárias, de modo que, se só a lei *lato sensu* pode criar imposto, também só por lei se pode revogá-lo. No caso, o decreto legislativo que concede isenção só pode ser revogado por meio de outro decreto legislativo, não por lei ordinária; também se submete à anterioridade, só incidindo o tributo sobre fatos ocorridos no exercício seguinte. O mesmo ocorre com o decreto legislativo que ratifica tratados internacionais, que está no mesmo plano hierárquico das leis *lato sensu*, podendo ser revogado por legislação interna subsequente, de forma que o decreto legislativo que for revogado também se submete à anterioridade, salvo certos casos expressos em lei, de obediência facultativa. Por outro lado, na concessão de isenção com prazo de vigência prefixado, findo esse prazo, o tributo pode ser cobrado, desde que haja a entrada em vigor da lei que concede isenção com prazo certo e a efetiva incidência do tributo tiver ultrapassado um exercício financeiro, por não afetar a segurança jurídica e a previsibilidade. Uma vez firmado e ratificado o tratado que concede isenção de ICMS, a União

pode, por meio de Lei Complementar, conceder essa isenção sobre exportação de serviços e produtos não industrializados, paralisando a eficácia da lei estadual conflitante. Sendo revogada a LC, a eficácia das leis estaduais se estabelecem de imediato, já alcançando o princípio da anterioridade, por previsão constitucional do art. 155, § 2º, XII, "e". Finalmente, a eventual alteração legal do arrecadador do tributo não infringe esse princípio, podendo o tributo continuar a ser cobrado pelo novo arrecadador sem solução de continuidade, pois é mero caso de delegação de capacidade tributária ativa e não de competência tributária, repita-se, indelegável.

O art. 155, X, "a" da Constituição Federal fixa a imunidade do ICMS sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados; é imunidade objetiva, que desonera mercadorias, não o exportador (Súmula n.º 536 do STF) e o art. 25, da LC 87/96 reconhece o direito de o industrial importador aproveitar os créditos acumulados nas operações anteriores, com o abatimento do tributos incidentes anteriormente (LEX STF 92/259-60), desonerando as exportações brasileiras, para se exportarem mercadorias e serviços, não tributos, de modo que os Estados simplesmente emitem documentos que reconheçam a existência do crédito, para fins de comprovação fática, não podendo lei estadual limitar esse direito, por ser a imunidade norma de eficácia plena. É tanto que o STF decidiu que se estende a imunidade às operações anteriores à exportação do produto industrializado, em sendo certa a futura exportação do produto (RE n.º 73.811, apud RDT 9/10, p.170). Se assim não fosse, a imunidade seria ineficaz, pois o industrial importador seria obrigado a

onerar o preço da exportação com esse custo adicional.

A Constituição Federal, que goza de superioridade hierárquica, demarca as competências legislativas sobre o poder de tributar, de modo que a lei estadual não pode contrariá-la, v.g., o fato do ICMS incidir sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, mesmo que para consumo ou ativo fixo. Logo, consuma-se o fato gerador quando do recebimento da mercadoria ou bem no estabelecimento do importador, não do desembaraço aduaneiro, consoante Súmula n.º 577 do STF, sendo abusiva regra que condicione o desembaraço ao recolhimento do ICMS, por ainda não ter ocorrido seu fato gerador.

O ICMS incide sobre operações, ou seja, ato jurídico de transmissão de direito hábil a promover a circulação do bem, com intuito mercantil. Dessa forma, o Estado no qual se localiza o importador emite nota fiscal de entrada e de saída, atendendo exigências fiscais de emissão de documentos, lançamento e recolhimento do imposto, praticando sujeição passiva. De modo que, para fins tributários prevalece o local da circulação jurídica, não o da mera entrada física, como dispõe a LC 87/96, quando a mercadoria ou bem é adquirido por contribuinte de unidade da federação distinta do estabelecimento destinatário, mesmo que o importador tenha contrato de revenda com clientes em outros Estados.

A Constituição define as características do ISS, ICMS e IPI, distinguindo-os. O primeiro caracteriza-se por prevalecer uma obrigação de fazer tributável, que pode ou não resultar em bem corpóreo ou mesmo implicar a utilização de materiais, estando os serviços relacionados

no DL n.º 406/68. No segundo, tem-se uma obrigação de dar uma mercadoria, sem que necessariamente tenha decorrido de uma elaboração, gravando-se todo o ciclo mercantil de operações. No terceiro, há uma obrigação de dar um produto industrializado pelo próprio realizador da operação jurídica, só se gravando essa operação. Envolve materiais, v.g., ingredientes que sofrem a atividade de transformação, conforme art. 3º do Decreto Federal n.º 87.981/82.

2. ICMS DE PERNAMBUCO

2.1. Noções gerais

Abordaram-se os principais aspectos e as normas gerais do ICMS, válidas em todo território nacional, que limitam o poder legislativo ordinário estadual. Este ponto destina-se a analisar suas principais características na legislação do Estado de Pernambuco, no pertinente à importação e exportação, a saber: a Lei n.º 10.259, de 27 de janeiro de 1989; o Decreto Estadual n.º 14.876, de 12 de março de 1991, denominado de Consolidação da Legislação Tributária do Estado e a Lei n.º 11.408, de 12 de dezembro de 1996, esta estabelecida com base na LC 87/96, revogando as disposições anteriores em contrário e mantendo em vigor a parte não disciplinada por essa lei.

2.2. Incidência e contribuinte

As hipóteses de **incidência** do ICMS neste Estado estão previstas no art. 1º da Lei n.º 11.408/96, v.g.,

incidindo sobre serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior, por determinação de seu inc. IV, mantendo o disposto nas leis anteriores. Nesse sentido, o art. 3º, inc. II considera contribuinte o destinatário de serviço prestado ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior, mesmo que sem habitualidade, não gozando de isenção a importação de serviço.

Há previsão de incidência sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, para qualquer finalidade, inclusive em se tratando de titular de estabelecimento, quando a mercadoria importada se destine ao uso, consumo ou ativo fixo permanente do respectivo estabelecimento, nos termos do inc. VII. Para justificar esse posicionamento, o art. 3º, inc. I considera contribuinte a pessoa física que, mesmo sem habitualidade, realize essa operação; também repetiu o posicionamento anterior. Esse ponto destaca a necessidade de se considerar como pessoa física titular de estabelecimento, unicamente, o comerciante individual, sob pena de incompatibilidade com o art. 155, § 2º, IX, da CF, que não considera pessoa física contribuinte do ICMS, por não ter estabelecimento.

O art. 3º fixa quem é contribuinte do ICMS, também inserindo quem adquire em licitação pública mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada, hipótese já prevista na legislação anterior, mesmo que sem habitualidade. Por fim, o *caput* do citado artigo reza que será contribuinte a pessoa que, com habitualidade, realize operações previstas em sua hipótese de incidência, ainda que as operações e as prestações se

iniciem no exterior, ressalvando-se que o ICMS não incide sobre o transporte internacional, por não ter competência prevista em lei, não desnaturando esse caráter o fracionamento do serviço.

2.3. Momento de ocorrência do fato gerador

O **momento** de ocorrência do fato gerador do ICMS neste Estado é previsto no art. 5º, da lei n.º 11.408/96. Em se tratando de transporte iniciado no exterior, quando do seu ato final, nos moldes do inc. VI; em relação a serviço prestado no exterior, quando do recebimento pelo seu destinatário, inc. X; o caso de licitação pública de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada, é o momento da aquisição, inc. XI. Nesses três casos segue-se o mesmo posicionamento da legislação anterior.

Em se tratado de mercadoria importada do exterior, o momento previsto na legislação estadual, inc. IX, é o do desembaraço aduaneiro, que deve ser autorizado pelo órgão responsável, somente mediante exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente, salvo disposição em contrário, via decreto, do Poder Executivo. Quanto a esse ponto, destaca-se ser abusiva e nula essa norma, tendo em vista a Súmula n.º 577 do STF, que não considera ter surgido o fato gerador do imposto quando do desembaraço aduaneiro, o que ocorre tão-só com seu recebimento no estabelecimento do importador.

2.4. Local da operação ou da prestação

O **local** da operação ou da prestação, para fins de cobrança do ICMS e definição de estabelecimento

responsável é regulado no art. 4º, da Lei n.º 11.408/96. Tratando-se de mercadoria ou bem, inc. I, o local da obrigação será: a) o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física, no caso de mercadoria ou bem importado do exterior, alínea 'd' e quando não estabelecido, será o do domicílio do adquirente, alínea 'e'; e b) aquele onde se realizar a licitação pública, no caso de arrematação de mercadoria, inclusive importada do exterior, apreendida ou abandonada, alínea 'f'. Repita-se que a mera entrada física não é capaz de determinar o local, mas sim, a operação jurídica, força motriz da circulação.

Em se tratado de serviço prestado ou iniciado no exterior, o local da prestação será o do estabelecimento ou domicílio do destinatário, entendido esse como o local, público ou privado, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas, físicas ou jurídicas, exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias. Na impossibilidade de sua determinação, considera-se o local em que se efetuou a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação. Ressalva-se que, para os fins dessa lei, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, considerando-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante ou a captura de pescado, respondendo pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular; tudo nos moldes do inc. IV.

2.5. Não-incidência

A LC 87/96 estendeu a toda exportação o benefício fiscal da **não-incidência**, mas antes dessa lei, o Estado

de Pernambuco já assim procedia em alguns casos, em conformidade com o texto constitucional de 1988. O art. 2º, inc. II, da Lei n.º 11.408/96 desonera, inclusive, as operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e industrializados semi-elaborados, ou serviços, equiparando-se a referidas operações a saída de mercadorias realizada com o fim específico de exportação para o exterior, quando destinada à empresa comercial exportadora, inclusive "trading" ou outro estabelecimento da mesma empresa e armazém alfandegário ou entreposto aduaneiro. Contudo, sobre a mercadoria exportada que for reintroduzida no mercado interno incide o ICMS, de acordo com o art. 7º, § 4º do Decreto Estadual n.º 14.876/91, que repete o posicionamento da Lei Estadual 10.259/89.

O art. 7º, § 13, do Decreto Estadual n.º 14.876/91 prevê que na hipótese de ocorrerem duas ou mais operações de circulação com a mesma mercadoria no território nacional, tendo o exterior como destino final, apenas a última será considerada exportação para efeito de não-incidência do imposto, posicionamento similar à lei anterior. Entretanto, em assim ocorrendo, haverá exportação de imposto, o que é entrave para a concorrência dos produtos pernambucanos no mercado internacional, contrariando a LC 87/96, segundo a qual toda e qualquer exportação de bens e serviços ficou desonerada do ICMS, não tendo, pois, validade esse parágrafo. Finalmente, no caso de saídas para feiras ou exposições no exterior, bem como nas exportações em consignação, somente é emitido o memorando- exportação, documento que prova a ocorrência do fato gerador do ICMS, após a efetivação

contratual cambial, nos moldes do inc. VII, § 16, do decreto acima. Medida essa salutar, ao facilitar o desenvolvimento da atividade empresarial pernambucana, estimulando-a.

2.6. Isenção e diferimento

Segundo as duas primeiras legislações ora analisadas, as **isenções** do imposto são definidas em convênio, homologado conforme legislação específica, em consonância com a Constituição e a LC 87/96. Já o **diferimento** ocorre quando o momento do recolhimento do imposto devido é transferido para outro indicado na legislação tributária específica, conforme § 1º, do art. 10, da Lei n.º 10.259/89, sendo o valor do imposto diferido o mesmo do que deveria ser pago originariamente, mas recolhido integralmente, salvo disposição em contrário. A Lei n.º 14.876/91, anexos 32 e 33, art. 13, incs. LI e LV, lista uma relação de produtos importados por indústrias beneficiados com o diferimento; medida essa de incentivo à importação de bens destinados à industrialização neste Estado. Por fim, observa-se a previsão legal de aplicação do *draw back*.

O art. 9º, da Lei 14.876/91 elenca uma série de mercadorias destinadas à exportação isentas neste Estado, o que estimula a competitividade de empresas, propiciando-lhes concorrerem internacionalmente, sendo o tributo usado com função extrafiscal, estimulando indiretamente o crescimento do próprio Estado, além de gerar benefícios outros, como a criação de empregos, questão importante da atualidade. Também goza de isenção a importação de matéria-prima e produtos intermediários

importados do exterior, bem como máquinas e equipamentos, principalmente os destinados à pesquisa, ciência, tecnologia, educação, saúde, indústrias e hospitais, devendo atender os requisitos legais, v.g., condicionar ao princípio da reciprocidade de tratamento do Estado de destino, podendo, em certos casos, não exigir similaridade com o correspondente nacional. A isenção pode ter fim social, v.g., a destinada a estimular programas de combate ao tráfico de drogas; ou energético e hídrico, relativa aos combustíveis e lubrificantes adquiridos diretamente pela Itaipu Binacional, e quanto a certos equipamentos importados pela CELPE e pela COMPESA.

Observa-se, também, o incentivo quanto ao turismo internacional, no tocante ao produto, combustível e lubrificante de origem nacional que abastecem embarcações e aeronaves estrangeiras, aportadas no País, bem como a venda de produtos em "free-shops"; à saúde, em vacinas, medicamentos e preservativos; à cultura, em matéria-prima e produtos intermediários de uso jornalístico; à agricultura e pecuária, em reprodutor e matriz de animais e sementes.

Outra curiosidade observada refere-se à isenção concedida a repartições consulares, missões diplomáticas e representação de organismos internacionais, todos condicionados à reciprocidade de tratamento e de órgãos da administração direta, autarquias e fundações, v.g., o TRE e Corpo de Bombeiros. Finalmente, a isenção pode ser concedida em caráter emergencial, v.g., a relativa aos incentivos destinados à assistência de vítimas da seca, ou permanente, caso da cana-de-açúcar, principal responsável pela economia deste Estado.

2.7. O comércio exterior no decreto estadual n.º 14.876/91

O pagamento do ICMS pode ser parcelado, como o incidente sobre a importação de aviões a turbojato, bem como peças, instrumentos e partes sobressalentes, sob o modo de compra ou arrendamento mercantil, que pode ser pago em até sessenta meses, em parcelas iguais e sucessivas, atualizadas monetariamente, desde que adquiridos por empresa que opere com transporte aéreo, com estabelecimento neste Estado, sendo o desembaraço da mercadoria condicionado ao recolhimento da primeira parcela, por força dos arts. 602 e 603. Como exemplo da aplicação do princípio da reciprocidade tem-se a entrada, no estabelecimento importador, de ácido fosfórico e fosfato natural bruto do Marrocos, que terão o mesmo tratamento tributário dispensado às mesmas mercadorias de procedência nacional ou estrangeira, nos moldes do art. 614.

O reingresso de mercadoria do mercado interno sob o regime de *draw back* somente ocorre no caso de convênio específico, ratificado pela legislação tributária deste Estado, nos termos do art. 616. O adquirente da mercadoria recolherá o ICMS na Unidade da Federação originariamente remetente, calculado sobre o valor de saída do estabelecimento, creditando-se o abatimento do imposto da entrada. Em não se efetivando a exportação em virtude dessa reintrodução, o estabelecimento remetente recolherá a diferença do ICMS devido e atualizado, contado da saída com o fim específico de exportação, que não será exigido no caso de devolução das mercadorias, inteligência do art. 617, § 4º e 5º.

2.8. Base de cálculo

A lei 11.408/96 é contrária à Constituição em certos aspectos e em outros, não. A **base de cálculo** do imposto é o montante do próprio imposto e o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, nos termos do art. 6º, inciso, o que extrapola a competência constitucional, como já abordado. Entretanto, não integra a base de cálculo o montante do IPI, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização configurar fato gerador de ambos os impostos, § 2, de acordo com a limitação constitucional. O mesmo ocorre quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, caso no qual a base de cálculo será determinada pela autoridade administrativa, § 5º. Na falta do valor da mercadoria ou bem, a base de cálculo, em regra, será fixada nos mesmos parâmetros dos arts. 15 e 16 da LC 87/96, consoante arts. 7º e 8º. Por fim, quando o preço da mercadoria for expresso em moeda estrangeira convertendo em moeda nacional, pela mesma taxa utilizada no cálculo do Imposto de importação, sem quaisquer acréscimos ou devolução posterior, se houver variação da taxa de câmbio até o pagamento do efetivo preço, por ser elemento estranho ao preço, nos termos da Constituição.

2.9. Não-cumulatividade e crédito

Como exemplo da não-cumulatividade, a utilização de saldo credor acumulado por estabelecimento que realize

operações destinadas ao exterior pode ser imputada pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu localizado neste Estado ou transferido, caso haja saldo remanescente, para outros contribuintes deste Estado, mediante reconhecimento do crédito pela autoridade competente, medida de estímulo à atividade empresarial, prevista no art. 15, parágrafo único, inc. II da Lei n.º 11.408/96.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho dedicou-se ao estudo do ICMS, especificamente no estado de Pernambuco, em relação à importação e à exportação. Abordou-se seu tratamento na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar 87/96 e demais leis federais que regulam a matéria. Na legislação deste Estado, evidenciou-se que, em certos aspectos, já eram atendidos preceitos constitucionais de desoneração, antes de entrar em vigor a LC 87/96, estimulando e facilitando a exportação.

Como aspecto positivo, destaca-se: ser permitida a importação isenta de matéria-prima e produtos primários destinados à industrialização; ser possível a aplicação do sistema de *draw back*, viabilizando a importação desonerada de produtos e equipamentos destinados à exportação; a entrada desonerada de máquinas e equipamentos, em regra destinados a setores primários, a exemplo das indústrias, hospitais, universidades e demais instituições de ensino, órgãos da administração direta e indireta do Estado, dentre esses a CELPE e a COMPESA, numa tentativa de

resolver as questões energéticas e hídricas deste Estado. Destaca-se a versatilidade desse tributo, usado como instrumento de política extrafiscal, tanto em questões sociais, a exemplo da saúde, turismo, desenvolvimento, ciência e tecnologia, bem como estimulando a atividade empresarial, seja industrial, agrícola, ou pecuária, propiciando-lhe competitividade, principalmente, quando a União, mediante tratado, tem possibilidade de estender, no plano externo, desoneração fiscal de impostos estaduais e municipais.

Como pontos negativos tem-se o fato de se considerar ocorrido o fato gerador quando do desembarço aduaneiro, condicionando-o ao recolhimento do tributo, o que contraria o STF, que como tal considera o recebimento da mercadoria pelo importador, sendo abusiva e nula essa exigência, ao antecipar o fato gerador. E o fato de se inserir na sua base de cálculo não só o valor da mercadoria ou produto, mas também o valor de II, IPI, seguros e juros, tornando-a ampla e contrariando a Constituição. A mudança da Legislação Estadual nesses dois aspectos tende a estimular a atividade empresarial neste Estado, proporcionando-lhe maior competitividade, o que é de grande relevância diante do mundo globalizado, além de estar em sintonia com o princípio de que se deve promover a circulação de bens e serviços, relativa à função extra-fiscal, não de tributos.

Por outro lado, destaca-se que este estudo é restrito ao âmbito dogmático, pois não aborda, v.g., a viabilidade ou não de integração do Brasil ao Mercosul,

ou seja, se a interação do país nesse bloco internacional é ou não positiva para a nação, propiciando, por exemplo, vantagens de ordem econômica. Logo, atentando-se às limitações deste trabalho e principalmente de quem o subscreve, espera-se ter contribuído para a formação de um conhecimento mais específico sobre o ICMS de Pernambuco, em relação à importação e exportação. Apontaram-se aspectos positivos e negativos, inclusive sugestões de possíveis reformas, a fim de oferecer maiores condições de competitividade às empresas deste Estado no âmbito internacional, o que se acredita ser de grande importância diante da globalização, principalmente diante da principal fonte de receita dos Estados Membros.

4. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto Lei n.º 37. **Regula o Imposto de Importação e o Regime Aduaneiro**. Brasília, DF: [s.n.], 1966.
- BRASIL. Decreto Lei n.º 406. **Fixa Normas sobre Direito Financeiro aplicáveis ao IMCS**. Brasília, DF: [s.n.], 1968.
- BRASIL. Lei Complementar n.º 87. **Lei Complementar que regula o IMCS**. Brasília, DF: [s.n.], 1996.
- BRASIL. Lei n.º 5.172. **Código Tributário Nacional**. Brasília: DF: [s.n.], 1966.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 536. In: **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Rideel, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 577. In: **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Rideel, 2002.
- BALERA, Wagner. **Tributação no Mercosul**. São Paulo: RT, [s.n.]. (Nova Série, 3 - Pesquisas Tributárias).
- BARRETO, Aires. **Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1987.
- BORGES, José Souto Maior. **Direito Tributário: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GASPAR, Walter. **ICMS Comentado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PERNAMBUCO. Decreto n.º 14.876. **Consolidação da Legislação Tributária do Estado**. Recife: [s.n.], 1991.

PERNAMBUCO. Lei n.º 10.259. **Lei Estadual sobre o ICMS de Pernambuco**. Recife: [s.n.], 1989.

PERNAMBUCO. Lei n.º 11.408. **Lei Estadual sobre o ICMS de Pernambuco que regula a LC 87/96**. Recife: [s.n.], 1996.

ROLIM, João Dácio; SEABRA, Marciano de Godoi. **O ICMS e a LC 87/96**. São Paulo: Dialética, 1997.

SOARES, José Eduardo de Melo. **ICMS, Teoria e Prática**. São Paulo: Dialética, 1996.

DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA¹

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Juiz de Direito Titular de 2ª vara da infância e da Juventude do Recife-PE.

Professor da Cadeira "Direito da Criança e do Adolescente" da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE; Ex-Professor da Cadeira "Direito do Menor" da Faculdade de Direito do Recife e da Faculdade de Direito de Olinda - FADO e do curso preparatório para concursos jurídicos "Bureau Jurídico"; Autor dos livros: Medidas Sólidas - Educativas em meio aberto; Manual da Justiça da Infância e da Juventude; Temas de Direito da Criança e do Adolescente; Guarda - Questões Controvertidas; Adoção para Homossexuais e Adoção Internacional: A Convenção de Haia e a Normativa Brasileira - Uniformização de Procedimentos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. ANTECEDENTES. 2. O CONCEITO DE DIREITO ALTERNATIVO. 3. O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. 4. O FALSO DILEMA: EXEMPLOS PRÁTICOS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca debater aspectos respeitantes aos antecedentes do direito alternativo, suas raízes, o impacto causado no mundo jurídico brasileiro com o seu surgimento, principalmente, pela constatação de que o direito estatal, via de regra, não está em consonância

1 Adaptação de texto apresentado para a cadeira "Direito Alternativo" do Curso de Pós-Graduação, Especialização em Direito Público e Privado para Magistrados, promovido pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco.

com as necessidades da população, seja a partir da própria produção das leis, conspurcadas por vícios terríveis, formuladas para atender interesses de grupos poderosos, seja, principalmente, pela sua aplicação equivocada pelo excessivo dogmatismo de parcela ponderável dos magistrados, levando até a autores renomados, como Dalmo Dallari, a chamar nossos Tribunais de Justiça de meros Tribunais de Legalidade. O trabalho também aponta que houve uma certa entropia do conceito de direito alternativo, na medida em que para alguns, em especial os que adoram os focos dos holofotes das televisões, bastava **ser diferente** para se rotular de alternativista, e que sob esse pretexto, ou pela alegação de excessiva burocracia do sistema judicial, diversas barbaridades foram perpetradas. No campo das adoções internacionais, em que é consabido que existe bastante dinheiro circulando, crianças brasileiras foram adotadas por estrangeiros em procedimentos completamente à margem da lei, seja através de simples escrituras públicas, ou, naquilo que chamo de simulacro de legalidade, com a concordância das mães em juízo, quando obviamente não conheciam os adotantes anteriormente, não falavam a língua desses e sempre aparecia um intermediário com indisfarçável compromisso com o deferimento de tais pedidos, sendo que todos os envolvidos ainda tinham o desplante de dizer na mídia que estavam fazendo aquilo para atender os interesses das crianças e contribuindo para minimizar os problemas sociais do país.

Ao seu final, dentre outros aspectos relevantes, conclui-se que o direito alternativo, em que pese o evidente refluxo na divulgação de suas idéias, deixou marcas

importantíssimas, tanto no estudo jurídico brasileiro, como na produção e interpretação das normas; e que conquistas importantes, como a própria Constituição Cidadã, além de normas infraconstitucionais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, só foram possíveis graças ao movimento alternativista, permitindo que na atual realidade brasileira a luta principal seja não pelo descumprimento e fragilização das normas vigentes, ou gestação e operacionalização de um direito à margem do Estado e, sim, pela plena aplicação dos princípios constitucionais e por uma interpretação das leis de acordo com esses princípios e os interesses da maioria da população.

1. ANTECEDENTES

Sem maiores aprofundamentos, por não ser objeto deste trabalho, cabe registrar que basicamente a história do mundo ocidental tem buscado interpretar o direito à luz do jusnaturalismo e do positivismo.

Ambos passaram por transformações evolutivas, do jusnaturalismo teológico ao antropológico, seqüenciado pelo democrático e pelo de controle variável; já o positivismo evoluiu do legalismo (escola da exegese) ao normativismo dogmático, com a possibilidade de se interpretar a norma, desde que "dentro dos limites da moldura" e apenas reconhecendo o Estado como a única fonte de produção do direito, através das leis, seguido pelo chamado princípio da habilitação, que admite a penetração de fontes fora do Estado, desde que preenchida forma determinada, demonstrando apego excessivo à segurança jurídica.

É inegável que desse embate resultou a esmagadora vitória do positivismo sobre o jusnaturalismo, tendo como causa principal a segurança e certeza contida na lei. Inobstante isso, e em que pese, durante muitos anos, principalmente na América Latina, fruto de uma leitura da vertente planfetária de Hans Kelsen, como aponta o jurista Dalmo Dallari², no artigo "o Poder dos Juizes", alguns pseudojuristas, auto-intitulados de kelsenianos, interessados em formar um escudo para sustentar posição formalista, antidemocrática e contrária à ética e à justiça, entendiam a lei como sendo sinônimo de justiça, radicalizando em interpretações gramaticais, passando ao largo de 3 (três) questões fulcrais: a) Todo e qualquer texto carece de interpretação, seja por vagueza, dubiedade, lacunas, equívocos gramaticais, ambivalência, etc., sem se falar em algo mais complexo, como a ironia e a metáfora; b) A não perquirição sobre a quem interessa o conteúdo da norma posta, sabendo-se que, muitas vezes, as leis são produzidas visando apenas aos interesses de determinados grupos sociais (normalmente os poderosos economicamente) ou, até mesmo, uma única pessoa (vide a rapidez da aprovação da "Lei Fleury" e da "lei dos crimes hediondos", esta última à época do seqüestro do empresário carioca Medina, obtida pela (con)fusão de diversos projetos de lei que tramitavam no Congresso há décadas e tratavam do mesmo tema); c) É óbvia a existência de uma fonte extra-estatal de produção do direito, seja ela para indicar e balizar temas que no futuro tendem a ser incorporados ao ordenamento estatal, direito

² DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juizes. *Ética e Direito*. São Paulo: Martinus Fontes, 1999. p.123.

insurgente (vide, por exemplo, o voto dos analfabetos e a permissão do instituto do divórcio uma única vez e a posterior possibilidade de sua utilização por tantas vezes quanto interesse à parte), seja para regular condutas sociais aplicáveis a determinados segmentos marginalizados economicamente, como por exemplo, o "toque de recolher" noturno e a ordem para os moradores dos morros cariocas matarem seus cães, para que esses não denunciem à polícia a presença de estranhos, emanadas dos chefões do tráfico de drogas.

À guisa de mera ilustração, para reforçar os argumentos, convém transcrever a classificação feita por Edmundo Lima de Arruda Júnior no artigo "Direito Alternativo - Notas Sobre as Condições de Possibilidade"³, a saber: a) **Instituído**- que materializa as condutas humanas já normatizadas pelo Estado; b) **Instituente**- direito que surge espontaneamente na sociedade, pela omissão do Estado (emergente); c) **Sonegado**- mesmo que contido em sede constitucional, mas negada a sua efetivação à maioria da população; d) **Relido**- que diz respeito à interpretação pelo magistrado; e) **Negado**- novos direitos negados pelo Estado e que se encontram fora do sistema.

Emblemáticos, também, estes pequenos textos extraídos do original trabalho de Boaventura de Souza Santos, "Notas Sobre a História Jurídico Social de Passárgada"⁴, tratando daquilo que o autor chama de "ilegalidade existencial", ao transcrever depoimento de um favelado

³ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídico Social de Passárgada. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução Crítica ao Direito*. 4. ed. Brasília: UNB, 1993. (Série O Direito Achado Ruas, VI).

de um morro do Rio de Janeiro: “Nós éramos e somos ilegais”, ou “Os juizes têm que aplicar o Código e pelo Código não temos direito algum”.

É dentro desse contexto que surgem as raízes doutrinárias do movimento alternativista, embebido de conceitos marxistas e enaltecendo as práticas sociais como fontes do direito.

Originalmente nascido na Itália, pelo seu corpo de magistrados, o que pode ser dito é que a busca era bem mais direcionada para um uso alternativo do direito do que a busca de um direito alternativo.

Tal fato decorria da necessidade de uma releitura das normas já existentes, interpretando-as em função dos interesses sociais da maioria da população, na medida em que o direito estatal vigente, de uma certa forma, já preenchia diversos campos das necessidades básicas do povo, apenas sua aplicação prática é que se distanciava do interesse coletivo.

Trazendo o seu ideário para a América Latina, parece claro que seria simplório se imaginar a sua aplicabilidade, nos termos originais, nesta outra realidade.

A porta de entrada em nosso continente foi, como se sabe, a Colômbia, país que tanto no final da década de setenta e início da de oitenta do século passado, como nos primórdios deste novo milênio vive um verdadeiro caos social, com quase 1/3 (um terço) do seu território controlado por guerrilheiros, com a cocaína sendo seu grande produto de exportação, desemprego em massa, ausência de serviços públicos básicos à população.

Como se querer que a legislação local atendesse aos interesses dos oprimidos e não dos “barões da coca”, por exemplo? Como se imaginar um Judiciário independente?

Como se pretender que os governantes não estivessem atrelados ao poder econômico? (enfeixando esses três questionamentos, basta se ver que quando um chefe das drogas resolveu se entregar - Pablo Escobar - exigiu e obteve uma lei que proibisse a extradição de narcotraficantes e a construção de um presídio estrategicamente localizado - Alvirado -, seja para lhe assegurar conforto durante a permanência, seja para permitir a posterior fuga, como de fato aconteceu, tendo como consequência a sua trágica morte nos telhados de Medellín - “queima de arquivo”?-).

Não havia (e ainda não há) na Colômbia espaço para uma melhor interpretação das normas para se assegurar a igualdade de todos perante a lei.

No Brasil, no início dos anos oitenta, principalmente entre os magistrados gaúchos, capitaneados pelo órgão classista-AJURIS-, destacando-se o hoje Desembargador Hamilton Bueno, e posteriormente entre alguns magistrados paulistas, ligados à Associação dos Juizes Pela Democracia, como na palavra de juristas do porte de Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Júnior (ambos da UNB), Edmundo Lima de Arruda Júnior (UFSC), Miguel Pressberger, Michel Miale, o argentino Warat, dentre outros, este novo ideário começa a se propagar, tomando por base, em razão da similitude das situações, o pensamento colombiano.

Embates da maior envergadura passaram a ocorrer em todo o país, em toda a década de oitenta e início da de noventa. Os debates acirrados, muitas vezes, decorriam da pouca argumentação científica e textos agressivos dos juristas conservadores, como também (há de se

reconhecer) do radicalismo e planfetarismo dos defensores do direito alternativo.

Inobstante se acreditar que o debate ainda perdura nos seus termos originais entre juristas conservadores e socialmente comprometidos, com o que não concordo, ou se já existem novas bases de discussão, uma coisa não pode ser negada por ninguém, nem mesmo pelos mais radicais de uma ou outra corrente. O pensamento alternativista abalou a realidade sóciojurídica brasileira. Influenciou o conteúdo e a forma de produção das leis. Criou raízes fortes entre os cultores do direito, não havendo mais como se sustentar posições do tipo "sou escravo da lei", "é lei e pronto", etc.

2. O CONCEITO DE DIREITO ALTERNATIVO

Os pensadores pernambucanos João Maurício Adeodato e Cláudio Souto formularam críticas do ponto de vista formal ao direito alternativo. O primeiro, no artigo intitulado "Por Uma Conceituação do Direito Alternativo"⁵, passa a idéia de que se é qualquer forma de direito gestada e operacionalizada fora do estado (ou em desacordo), também seriam direito alternativo todas as demais práticas à margem, como por exemplo as denominadas "custas por fora", etc.; Souto alertava que quando os teóricos do direito alternativo dizem que o povo faz um novo direito, terminam tendo a mesma visão formal dos teóricos da lei oficial, porque se essa última tem sua eficácia condicionada à votação por um determinado grupo social (deputados, senadores, etc.),

5 ADEODATO, João Maurício. Por um Conceito de Direito Alternativo. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, 1991.

o mesmo estaria acontecendo, apenas se substituindo o grupo social legitimador.

Antônio Carlos Welmer⁶, ao comentar o conceito de direito alternativo o fez através de uma visão conteudista, entendendo como tal apenas aquilo que estiver comprometido com conteúdos de valores como Igualdade, Direitos Humanos, Democracia, Ética, Dignidade, etc. Portanto, o relevante para caracterizar o direito alternativo é a finalidade buscada com a proposta, só podendo ser considerado como tal quando comprometida com a moralidade.

Tal entendimento tem ainda o grande mérito de aclarar a questão da entropia do conceito de direito alternativo, limitando e balizando o seu alcance e evitando uma tendência de se querer incluir como alternativo tudo aquilo que é diferente, muitas vezes, com a nova formulação estando atendida com o fato social, mas em completo desacordo com aquilo que se espera e se entende como justiça social. Como exemplo dessa afirmativa basta se ver o divulgado voto do ministro do STF, Marco Aurélio de Melo, sobre um caso de violência presumida para caracterizar estupro, quando aquele insigne magistrado, contrariando expressa e literal disposição de lei, entendeu ser incompatível a presunção de violência nos casos de conjunção carnal com adolescente entre 12 e 14 anos, dadas as informações que as jovens de hoje têm a respeito de sexo e que não tinham à época da aprovação do Código Penal.

6 WELMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Ômega, [s.d.].

Contraditoriamente, é dentro dessa visão de conteúdo que se chega à conclusão de que ao se expurgar do conceito os aspectos negativos e se incluir apenas o que é bom e justo, percebe-se que o direito alternativo só faz sentido em um regime de exceção, quando não há práticas democráticas e a produção das leis não se direciona para os interesses da maioria da população.

É inegável que, dentro da dinâmica social, em qualquer sociedade, sempre haverá margem para o chamado direito insurgente, nascido espontaneamente na sociedade (emergente). Só que em um Estado democrático de direito, a omissão do Estado tende a ser de menor lapso de tempo e a assimilação do novo direito pelo plano estatal ocorre com maior rapidez.

3. O USO ALTERNATIVO DO DIREITO

Como dito no capítulo I, a origem remota do direito alternativo se encontra no uso alternativo do direito. Ou seja, admitir que o conhecimento jurídico é eminentemente hermenêutico, como diz Eduardo Rabenhorst⁷, bem como admitir que a verdade estava com Carlos Maximiliano, quando dizia que hermenêutica tem a ver com argumentação, não sendo ciência. Ou, por outras palavras, hermenêutica diz respeito àquilo que é o mais pertinente, mais conveniente, mais razoável (não é o melhor, mas o mais adequado).

Esta é a grande tarefa para o uso alternativo do direito. Identificar qual a interpretação mais adequada a ser dada ao caso concreto, de sorte a contemplar com benefícios (éticos, morais, econômicos, etc.) a maioria da população.

7 RABENHORST, Eduardo. O Direito Como Fato Institucional. *Revista da Faculdade de Direito*, a. 1, n. 1, João Pessoa, 1998.

Se tal era quase que impossível no Brasil do início dos anos oitenta, nos estertores do movimento militar de 1964, salvo em relação a determinados campos específicos do direito, após 1988 a situação mudou completamente de figura.

Com efeito, o ordenamento jurídico decorrente da Carta Magna de 1988 assegura o mais amplo estado democrático de direito no Brasil.

É bem verdade, como já tive oportunidade de apontar anteriormente⁸, que

a atual Constituição brasileira contempla em seu bojo tanto conceitos do denominado estado liberal, como do denominado estado do bem estar social. Isto decorre dos conflitos políticos e sociais da atualidade. Neste sentido, pode ser dito que as ambigüidades da Constituição são de natureza política, mas geram tensões no plano jurídico, na medida em que a sociedade não sabe como o magistrado vai julgar, dependendo de sua orientação política, pois gera modelos hermenêuticos totalmente diferentes. Alguém de formação política-ideológica liberal tenderá a se valer do modelo exegetico, enquanto que outro de formação social democrata, valorando o bem estar social, fará sua interpretação a partir de um processo de construção, priorizando princípios.

8 FIGUEIRÉDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: 2001. Junú Editora.

Tal circunstância em nada invalida a tese contida neste estudo. Ao contrário, reforça-a, na medida em que demonstra cabalmente que as ferramentas legais disponíveis são bastantes e suficientes para, na maioria esmagadora dos casos, ser perfeitamente possível o uso alternativo do conteúdo da norma, sem necessidade de criação de um direito paralelo ao estatal. As contradições políticas existiram, existem e sempre existirão em uma sociedade pluralista. Se as leis apresentam boas respostas aos anseios e necessidades da sociedade, o fato de alguns não as interpretarem adequadamente não deve servir de ensejo para o seu não cumprimento e se impor o pensamento de determinado grupo social, e sim, de se buscar a universalização das interpretações tidas como mais adequadas.

O atual estágio de evolução político-institucional brasileiro nos dá o alento de que situações apontadas por Marcelo Neves, no artigo "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Jurisdição na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina" dizendo: "Em certa medida a Constituição só é concretizada se interesses de grupos privilegiados não são comprometidos"⁹, não mais serão a tônica da realidade jurídica brasileira. Da mesma forma, depoimentos populares como aqueles colhidos por Boaventura Santos, já transcritos, tenderão a ser expurgados da realidade.

Para tanto, faz-se indispensável, em primeiro lugar, que a sociedade brasileira seja capaz de resistir às constantes tentativas do liberalismo para alterar a C.F.88, inclusive em temas que constituem cláusulas pétreas, como o direito dos trabalhadores, a busca de reduzir a idade da imputabilidade penal, etc.

⁹ NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Jurisdição na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, Recife, n. 6, 1993.

Concomitantemente, o Judiciário há que ser fortalecido, principalmente na qualificação dos seus membros, para entender que o cidadão comum goza dos mesmos direitos que desfrutam os poderosos, interpretando a norma sempre segundo os princípios constitucionais (afinal de contas, a Constituição também é uma lei - a lei das leis - no topo do ordenamento jurídico, o que obriga a que todas as normas infraconstitucionais sejam com ela coerentes e obedientes). Ironicamente, pode-se dizer que a proposta ora apresentada está absolutamente dentro do padrão da pirâmide Kelseniana.

Ao mesmo tempo é preciso se extirpar do Judiciário o carreirismo e a alegada neutralidade axiológica, como se fosse possível a existência de um juiz inodoro, insípido e incolor, quando, no mais das vezes, tal postura dita neutral serve apenas como capa de proteção de uma prática de subserviência aos poderosos. Como diz Dallari¹⁰ "O que o Judiciário precisa é de uma mudança de mentalidade".

Outras reformas, como aquelas contidas na proposta que tramita no Congresso, o acréscimo de verbas e condições melhores de trabalho serão meramente cosméticas se não vierem acopladas a uma mudança de mentalidade.

O que se propugna é uma visão modernizada do princípio da habilitação, bastando que se elimine o apego excessivo à exigência de forma determinada e que continue a se admitir a penetração de fontes extra-estatais.

É importante o reforço da ideia da melhor interpretação, a mais razoável, da norma existente, bastando se tomar

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, ob. cit., p. 111.

como exemplo um único tema: o direito à adoção em favor de pessoas homossexuais. Impensável na Constituição velha, é inquestionável que não há óbice na nova Carta. Se ainda existem restrições, são elas de cunho social e não jurídico. Se juízes continuam "com os olhos no retrovisor", interpretando à luz do ordenamento velho, cabe àqueles comprometidos com as questões sociais o esforço da argumentação e qualificação para que os demais "ponham suas vistas no pára-brisa dianteiro" e interpretem segundo os princípios constitucionais. Isso é uso alternativo do direito puro.

Sobre tema paralelo a este, que foi objeto de estudo meu recente¹¹, juristas conservadores como Geraldo Brindeiro e Silvia Drummond Cavalier¹² dizem que é impossível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A Desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias¹³ sustenta, à luz do princípio constitucional da isonomia, que tal já é possível hoje. De minha parte, também pelo princípio da isonomia, pelo art. 226 da própria C.F. e das lições doutrinárias de constitucionalistas sobre o papel político da Constituição, representando a média do pensamento da população, defendo que se trata de direito emergente, a reclamar alteração legislativa, embora admitindo ser difícil se estimar o tempo de assimilação da idéia, tomando por base o fato de que o projeto para regulamentar as parcerias civis registradas de pessoas do mesmo sexo tramita no Congresso há 6(seis) anos, sem previsão de votação, que já foi adiada 7(sete) vezes.

11 FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros, *ob. cit.*

12 CAVALIER, Silvia Drummond. Homossexual, Legislação Civil e Previdenciária - Questão Constitucional - Posição Jurisprudencial. *Revista Consulex*, São Paulo, n. 47, 2000.

13 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual - O Preconceito - A Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

4. O FALSO DILEMA: EXEMPLOS PRÁTICOS

Sem a pretensão de servir de paradigma para a conduta de ninguém, cuido ser relevante registrar situações concretas vivenciadas em minha carreira de magistrado, especialmente no meu campo de especialização, como juiz da infância e da juventude (antes chamado de juiz de menores abandonados e infratores), antes e depois do novo pergaminho constitucional, as quais, acredito, podem ser elucidativas sobre posicionamentos assumidos tanto como alternativista, quanto como aplicador dos princípios fundamentais da Constituição.

Para tanto, convém consignar que entre abril de 1986 a setembro de 1989 exerci o cargo de juiz de menores abandonados e infratores da comarca de Olinda e que sou juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude do Recife, desde julho de 1992.

Portanto, judiquei na área infanto-juvenil sob a égide da velha e da nova Constituição, aplicando o revogado Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Objetivando facilitar a leitura, tomarei alguns temas específicos como objeto de análise:

- a) **ADOÇÃO** - No Código de Menores existiam 2(duas) modalidades, Simples e Plena. A primeira não permitia troca de prenome, reduzia o direito de herança à metade do que tocava aos filhos biológicos anteriores à adoção, além de ser omissa em relação à inclusão do nome dos avós nessas adoções. Não havia aquilo que hoje é denominado de adoção unilateral.

Jamais hesitei em incluir os nomes dos avós nas adoções simples, de promover trocas de prenome quando necessário, ou, pelo menos, usar nomes compostos e de conceder adoções mantendo o pátrio poder da mãe(ou do pai) biológica(o), apenas destituindo aquele que havia infringido algum dos itens do art. 395 do Código Civil.

Portanto, contra expressa disposição de lei, criando direito novo, amparado apenas em práticas sociais, ante a flagrante injustiça da norma que "legalizava" um filho adotivo de 2ª classe. Nem as partes nem o *Parquet* nunca se insurgiram contra essa minha postura, evidentemente, alternativista.

Cheguei a ser procurado por avós, de cor branca, protestando contra a inclusão dos nomes deles no assentamento da criança adotada por sua filha, mesmo dizendo que "gostavam da netinha", apenas porque esta última era da raça negra. Com a maior sinceridade acadêmica disse-lhes que a minha decisão não tinha amparo legal, mas era de justiça social, sugerindo-lhes que, como terceiros interessados, ingressassem nos autos e apelassem da sentença. Tal nunca chegou a ocorrer.

Não tive oportunidade, por incompetência funcional, de decidir a respeito de direitos sucessórios. Sei perfeitamente como decidiria e que, aí sim, choveriam recursos, pois a parte mais sensível do corpo humano continua sendo o bolso.

No C.M. não havia obrigatoriedade de criação de cadastros de adotantes, como hoje existe no ECA, mas Olinda teve o 2º instrumento de cadastramento de todo o país. Foi na realidade um mecanismo de razoável eficácia, principalmente, porque a portaria instituidora estabelecia

prioridade para brasileiros sobre estrangeiros, diminuindo o impacto de uma lei injusta que dizia que as crianças possíveis de ser adotadas pelos alienígenas eram apenas aquelas privadas, mesmo que provisoriamente, por ação ou omissão dos pais ou responsáveis, de alimentação, saúde, educação, vestuário(ou seja, filhos de pais hipossuficientes).

Para tanto, fiz uso de uma aberração jurídica contida no art.8º do C.M. (transformar o mal em bem), que permitia ao juiz de menores regulamentar por portaria, no âmbito de sua jurisdição, tanto as leis vigentes, como criar e executar normas em que houvesse lacuna ou inexistência da lei, sendo, portanto, concomitantemente, Judiciário, Executivo e Legislativo, o que era conhecido entre os doutrinadores menoristas como "juiz quase legislador".

Editando a portaria (mesmo contrariando minha consciência sobre o respeito à tripartição de poderes) e nela inserindo a obrigatoriedade do cadastramento e a preferência dos nacionais, consegui viabilizar que os brasileiros tivessem chance nas adoções de crianças abandonadas, revertendo a tendência estatística favorável aos estrangeiros. Nesse caso, parece claro que a solução foi o uso alternativo do direito.

O Código de Menores permitia que as adoções internacionais se realizassem sob a égide de um procedimento denominado de Verificatório Simples. Nele a mãe comparecia em juízo e dizia que concordava com a adoção do seu filho pelo casal que estava em sua frente. Por que só para aquele casal havia concordância? Quem os apresentou? Como se conheceram? Como se comunicaram falando línguas diferentes? Como e quando

mantiveram o primeiro contato, já que moravam em países distintos? Quais as vantagens oferecidas e recebidas? Não entendo por que perguntas tão simples não eram feitas regularmente em todos os casos e não se aprofundavam as investigações, principalmente, porque as intermediações eram quase sempre feitas pelas mesmas pessoas. Em Olinda, esses questionamentos eram uma rotina. Evidentemente, tal prática constrangia os adotantes, mas motivava a que os intermediários em outras oportunidades fossem formular seus pleitos em local diverso.

Tão logo a mãe dizia que concordava e não tinha respostas convincentes para as outras questões, alterava o rito processual; não acatando a simples concordância, dava-a por citada e abria prazo para contestação. Nunca deixava a criança com a mãe biológica que era capaz de vir entregá-la a juízo. Com os adotantes alienígenas, só esporadicamente, em casos de graves problemas de saúde a exigir atenção redobrada e custos elevados em medicamentos.

Normalmente, nesse prazo "reflexional", ou colocava a criança em abrigo ou utilizava uma rede de pessoas que se colocaram à disposição do juizado para esse fim.

Decretada a perda do pátrio poder da genitora, restava a chance do cadastro de brasileiros. Como, infelizmente, o número de nacionais era pequeno, não era possível evitar que alguns casos superassem os obstáculos, até porque, de minha parte, não havia e não há qualquer xenofobia, apenas o desejo era de viabilizar a permanência no Brasil.

Observa-se, nesse exemplo, tanto práticas alternativistas como de uso alternativo do direito.

A vigência da Constituição, em outubro de 1988, enquanto que o ECA só entrou em vigor pouco mais de 2 (dois) anos depois, levou a que, nesse interregno, surgisse uma nova polêmica em matéria de adoção, a saber:

A nova Constituição unificou o instituto da adoção de crianças e adolescentes, quando o ainda vigente Código de Menores falava em 2 (duas) modalidades, Plena e Simples.

Partindo da premissa básica de que a nova Carta foi fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte, ruptura total com o sistema constitucional anterior, criando um novo arcabouço jurídico para o país, não se cogitando de questionar supostos "direitos adquiridos" sob a égide do modelo velho, sustentei em vários processos: a) A unificação era de eficácia imediata, mesmo sem lei regulamentadora, pois o C.M. estava em desacordo com o dispositivo do art. 227 § 5º e 6º da C.F. e os princípios constitucionais, e, neste caso, não havia sido recepcionado na nova ordem, aplicando-se tanto aos processos a serem ajuizados, aos em tramitação na forma simples e, mesmo, aos já julgados se o adotando, à época da adoção, fosse criança ou adolescente, assegurando-lhe o direito pleno de igualdade da filiação previsto na Carta Magna; b) Estava mantida a adoção contratual do Código Civil, apenas quando os adotandos fossem adultos.

Inobstante a unificação do instituto, facilmente controlável nos processos judiciais, continuavam a ser lavradas escrituras públicas de adoção em favor de brasileiros, pelas dificuldades de fiscalização e orientação, o que só foi estancado em 13.10.1990, com a vigência do ECA.

Em muitos casos, os adotantes não levavam a escritura lavrada antes da data supra para averbação no registro civil. Tratando-se de atos jurídicos vinculados, a eficácia da manifestação de vontade contida na escritura estaria condicionada à averbação.

Ante a recusa do oficial do registro civil em proceder à averbação, no ano de 1991, como juiz da 3ª Vara de Família e registro civil da comarca do Recife, tive a oportunidade de julgar ação sobre o tema (p. n.º 706/91/91, 2ª zona judiciária – Registro Civil de Santo Amaro), determinando a averbação, analisando a questão à luz do art. 5º da L.I.C.C. e do art. 6º do ECA, por consultar sobre os interesses da criança, já que o ajuizamento de um pedido de adoção demandaria tempo; que o ato jurídico principal, que contém a manifestação de vontade - a escritura pública - era perfeito (art. 5º, XXXVI, da C.F., e art. 6º L.I.C.C.); que não havia os riscos de burla apontados pelo Ministério Público; que embora formulado em via inadequada, o art. 244 do CPC deixa claro o aproveitamento do ato, se alcançada a finalidade sem causar prejuízo às partes; que pelos arts. 126 e 131 da C.F. e art. 4º da L.I.C.C. o juiz não pode se omitir em decidir, alegando obscuridade ou lacuna da lei e apreciar livremente o conjunto probatório. O M.P. recorreu e a sentença foi mantida (uso alternativo do direito, quando já em vigência a nova Constituição e o ECA).

Também no início da vigência do ECA, foi ajuizada ação em que a mãe biológica pedia a adoção de sua própria filha, para quem havia concordado que fosse adotada por uma ex-patroa, ocorrendo que a criança ficara com a mãe adotiva apenas enquanto a requerente com ela trabalhava, estando a viver em companhia da mãe

biológica há 6(seis) anos, sem qualquer contacto com a mãe adotiva.

Diante da irrevogabilidade da adoção e da disciplina estabelecendo que a morte dos pais adotivos não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos, o M.P. foi contrário à pretensão. Recebi a petição como pedido de decretação de perda do pátrio poder cumulado com adoção, os pais adotivos não contestaram a alegação de abandono, confirmou-se em audiência o lapso de tempo sob a guarda da genitora, razão pela qual decretei a perda do pátrio poder e concedi a esta última a adoção de sua própria filha. Não houve recurso. Direito relido. Uso alternativo.

Para não citar apenas decisões de minha lavra, referencio um caso da 1ª Vara da Infância do Recife, em sentença prolatada pelo hoje desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes, que indeferiu pedido de adoção "post-mortem" em razão de a criança nunca ter tido convivência com a "de cujos", nem o pedido ter sido formulado por essa ainda em vida, tal como exigido em lei.

A decisão foi reformada, à unanimidade, pela 4ª Câmara Cível do TJ-PE, a partir do voto do relator, des. Napoleão Tavares, do qual transcrevo o seguinte trecho:

pensei e repensei a hipótese tratada nestes autos; mais de uma vez reexaminei o que significará para o menino adotado o vazio de sua certidão de nascimento sem o indicativo de sua genitora, ao menos de adoção; ... Será, no entanto, que por isso o Direito não pode ser aplicado, já que nem todos somos assim tão positivistas?... Essa

toda análise de disposições legais mostra que não há incompatibilidade muito menos vedação ao pretendido pelo apelante:... A dicção do artigo 126 do CPC encoraja o entendimento de que uma dose de ousadia a mais das vezes pode ajudar a decidir de maneira a efetivar melhor a justiça, afinal de contas o ponto final, convergente dos profissionais do Direito.

O Acórdão unânime do caso ora referenciado teve o seguinte teor:

Apelação Cível n.º 31702-2 Recife- 4ª Câmara Cível. Civil - Adoção - Adotante Viúvo - Desconhecida Maternidade do Adotado - Genitora para Assento de Nascimento do Menor - Sentença Reformada. Desconhecida a genitora que " entregou " o filho a um viúvo, nada impede - ao contrário, tudo aconselha, emergente da dicção da lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - que, deferida a adoção, conste do respectivo assento de nascimento do menor como sua "genitora" o nome da falecida esposa do adotante.

Recentemente, prolatei em pedido de adoção unilateral no qual o autor pleiteava adotar a filha de empregada de sua casa. Não existia vida em comum entre ambos para autorizar a adoção mantida a maternidade original, como exige a lei. Ante os evidentes laços afetivos existentes entre o autor e a criança; concordância da esposa

do requerente, a qual vivia permanentemente doente em uma cama, sob os cuidados da mãe biológica; concordância da genitora e do fato de que bastava que ele tivesse mentido em juízo, alegando vida em comum com a mãe da adotanda para obter a pretensão (o que seria uma incongruência, premiando o mentiroso e punindo quem fala a verdade), deferi o pedido. O M.P. recorreu da sentença e, até agora, não houve pronunciamento do TJ/PE.

Nos 2 (dois) últimos casos, observo que não se trata apenas de uso alternativo do direito, já que em ambos há visíveis sinais de postura alternativista. Disso decorre que não bastaria uma releitura com a impregnação no texto de valores éticos novos. Nos 2 (dois) exemplos se cobrou uma ousadia a mais. Provavelmente, poucos magistrados tomariam decisões similares, mesmo entre aqueles que não se consideram escravos da lei e quotidianamente fazem uso alternativo do direito.

Ao meu ver, tal fato também não inviabiliza os posicionamentos defendidos, até porque a jurisprudência é fonte do direito e agora, com o paradigma do Acórdão retrotranscrito, é possível se antever que outros magistrados tomarão posições similares. Da mesma forma, renovo que, como estamos em um estado democrático de direito, a margem de reforma legislativa para a inclusão de temas de interesse social é bastante grande.

Finalizando a questão da adoção, apenas para reforçar a idéia de que no momento a prioridade é uma leitura nova do ordenamento vigente, registro os vários casos de mulheres e homens solteiros que se cadastraram e adotaram na 2ª Vara da Infância e Juventude do Recife, com sentenças de minha lavra e do juiz José Severino

Barbosa (o qual, aliás, registre-se, prolatou sentença sobre adoção "post-mortem" em situação análoga ao caso referido, deferindo o pedido, antes mesmo do Acórdão transcrito), sem preconceito de qualquer espécie, seja dos juízes, promotoras, técnicos e serventuários, sem se priorizar a questão da opção sexual da(o) candidata(o), e sim, o superior interesse da criança.

b) **ATO INFRACIONAL** - O C.M. previa a figura do advogado apenas facultativamente, dizendo que o curador de menores (promotor de justiça) seria o seu defensor. Para recorrer, tal lei obrigava a presença do defensor constituído. Na prática os "filhinhos do papai" tinham defensores e os pobres, não. Como corolário, os primeiros, nos raros casos de condenação, recorriam, enquanto a grande maioria ficava apenas com a decisão monocrática.

Além disso, era flagrante a contradição de se querer que o *parquet* cumprisse as 2 (duas) funções muitas vezes antagônicas: defender o menor e ao mesmo tempo a sociedade que ele supostamente havia agredido.

Diante disso, invariavelmente, em todos os casos, nomeava defensor ao suposto infrator da lei (O C.M. também não lhe garantia: presunção de inocência; prazo limite para privação de liberdade; local adequado para cumprimento da medida de internação, apenas assegurando a não promiscuidade com adultos, direitos processuais de confrontar e contraditar testemunhas, etc.).

O M.P. recorreu dessa prática logo no começo, mas o Conselho da Magistratura manteve a decisão, não se tentando recursos nos casos subsequentes. Era postura

alternativista mesmo, pois não dava nem para alegar releitura da Constituição então vigente, já que o Código não assumia a internação como forma de privação de liberdade e, ao contrário, dizia que era uma medida "em favor do menor".

Ainda no Código velho, pelo fundamento apontado no final do parágrafo anterior, o órgão recursal era expressamente determinado como sendo o "Conselho da Magistratura ou órgão de igual competência", fazendo com que este absurdo conceito (o Conselho não é órgão jurisdicional e sim administrativo) fosse incorporado às leis de organização judiciária dos diversos Estados da federação.

Tão logo o ECA entrou em vigor, apresentei requerimento ao Conselho da Magistratura de Pernambuco para que o mesmo, doravante, se julgasse incompetente para julgar em grau recursal os feitos da infância e juventude, demonstrando que o novo sistema não tinha eufemismos e era judicialiforme, sendo tal pretensão acatada, e hoje, no Regimento Interno do TJ/PE, estes recursos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança afetos à justiça infanto-juvenil são julgados nas Câmaras Cíveis ou Criminais conforme a natureza do caso (infelizmente, em alguns Estados da federação, apesar dos 11-onze- anos de vigência do Estatuto, os recursos continuam sendo apreciados pelos Conselhos da Magistratura, alegando-se que isso é o que determina a Organização Judiciária local, como se essa pudesse se sobrepor à lei federal em matéria processual).

Se no Código de Menores já existia o instituto da liberdade assistida, era ele pouco eficaz, na medida em que se pretendia administrá-lo integralmente no âmbito do Judiciário. Em uma leitura adequada do art. 204 da CF e dos arts. 88 e 118 do ECA, aproveitando também a nova medida sócioeducativa de prestação de serviço à comunidade, trazida na lei nova, estabeleci um sistema em que a execução de medida ficava a cargo de ONG's conveniadas que acompanhavam os adolescentes infratores oriundos do próprio bairro onde elas funcionavam, sob supervisão da Justiça, desde agosto de 1994; em que a recuperação e ressocialização é quase que total, com índices de reincidência na casa dos 5% (cinco por cento). Visível o uso alternativo do Direito.

Em textos escritos para livros e jornais tenho procurado demonstrar que o art. 228 da CF, que estabelece a idade da imputação penal em 18 anos, constitui cláusula pétrea, sem se falar nos compromissos internacionais assumidos pelo país na Convenção de *New York* e que a redução da idade da imputabilidade traria graves problemas sociais, pois os adolescentes sairiam de um sistema recuperador da esmagadora maioria e iriam para os presídios da vida ou seriam "exterminados"; dificilmente teriam chance de se recuperar e conviverem em sociedade, ou seja, o Juiz também pode agir como cidadão na defesa das normas postas que são de interesse social.

c) **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**— Este instituto não existia no revogado Código de Menores; no Brasil surgiu com a Lei n.º 7.347/85, apenas dirigido para proteção do

patrimônio histórico e artístico da União, do meio ambiente, etc., sendo constitucionalizado na CF/88 e reforçado com o ECA nos artigos 208 e seguintes.

É óbvio que alegado art. 8º do C.M., do Juiz quase legislador, era imprestável para as grandes questões que atormentam a situação da maioria das crianças e adolescentes brasileiras, além de inconstitucional e que a ação civil pública é o caminho adequado para o seu enfrentamento.

Neste anos, tive a oportunidade de julgar tantos casos de menor complexidade (ação civil do MP sobre propaganda de firma de condicionador de ar que representava o perigo nas vias públicas como sendo originário dos "meninos de rua"; ação civil de direito individual intentada pelos pais para garantir cobertura de seguro-saúde para filho com doença congênita, embora após a assinatura do contrato, o que impedia que eles pudessem ter previsto a sua existência; ação civil individual para assegurar indispensável transfusão de sangue contra os pais que se opunham ao procedimento médico por motivos religiosos — testemunhas de Jeová, etc.).

Em todos os casos, a releitura dos princípios constitucionais e do texto do ECA permitiram que os direitos das crianças fossem respeitados. Extingui, sem julgamento de mérito, pleito intentado pelo Ministério Público de ação civil de interesse individual, fundamentando na ilegitimidade de parte, pois os pais estavam em pleno exercício do pátrio poder. Mostrei que os pais souberam ajuizar na via cível uma ação de reparação de danos (aliás, foram vencedores). O MP recorreu e aguarda-se pronunciamento do TJ-PE.

Aparentemente conservadora, a decisão busca que o *Parquet* se preocupe com os interesses difusos e coletivos, deixando os casos individuais para os pais, salvo quando a criança ou adolescente não tiver representação legal.

Também aparentemente conservadora foi decisão contrária à entrada de criança em cinema para filme de faixa etária imprópria, mesmo que acompanhada pelos pais. O meu pensamento anterior era exatamente o contrário, mas ao me debruçar sobre o caso concreto cheguei à conclusão de que preceitos constitucionais estavam sendo ofendidos e preferi a opção mais rígida, mesmo ciente de que não estava atendendo às expectativas dos setores mais avançados da sociedade. Não houve recurso da decisão.

Deparei-me, também, com casos complexos. Ação civil pública movida pelo Ministério Público contra o Estado de Pernambuco para assegurar direito à educação das crianças do bairro de Brasília Teimosa. Diversos incidentes processuais, como agravos formulados por ambas as partes, suspensão de liminar, etc., culminando com a procedência parcial do pedido. O Estado recorreu e o TJ-PE até hoje não se pronunciou.

Igualmente promovida pelo MP e também com diversos incidentes processuais, convém lembrar ação civil pública de interesse coletivo contra a PCR, obrigando o depósito de 1% (um por cento) da receita do Município no Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. Arguição de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal, agravos, recursos a destempe, etc. foram a tônica desse caso. Julguei procedente o pedido, sendo a primeira sentença sobre o assunto no país, mas até agora a decisão não foi confirmada ou reformada.

5. CONCLUSÃO

Jesús Antonio Muñoz Gomez¹⁴, ao comparar o uso alternativo do Direito com o Direito Alternativo latino-periférico, dizia que o primeiro colocava o Juiz como protagonista da Justiça, enquanto que no segundo o protagonista é a própria comunidade. Era correta a sua leitura e, ao meu ver, continua correta na Colômbia de hoje. A realidade político-institucional da maioria dos países latino-americanos, notadamente do Brasil, se alterou substancialmente, de sorte que suas palavras têm que ser lidas com reservas na atualidade. Como diz Edmundo Lima de Arruda Júnior¹⁵: "Há espaços na instância jurídica e fora dela".

Acredito que, no item anterior, restou demonstrado que muitas vezes não se trata de aplicação adequada de Lei, mas de um espaço de criação que também respeite o Poder Legislativo. Ou seja, quando necessário, o Poder Judiciário também pode fazer direito alternativo. Apenas as demandas não tuteladas em lei tendem a diminuir em um estado democrático de direito.

Nem o Judiciário, nem ninguém pode substituir o povo na criação de direitos, quando os seus interesses e necessidades não estão inseridos nas leis vigentes. A demanda tem de brotar do povo, para posterior formalização com "status" de direito estatal.

Entretanto, como se vê em praticamente todos os casos descritos, após a vigência da CF/88 e do ECA, a demanda foi direcionada para uma leitura adequada da norma. O uso alternativo do direito.

14 GOMEZ, Jesús Antonio Muñoz. Reflexiones Sobre el Uso Alternativo del Derecho. *Revista El Otro Derecho*, Bogotá, 1988, p. 58.

15 ARRUDA JUNIOR, ob. cit., p. 98.

Apenas em dois exemplos aparecem situações coadjuvantes de alternativismo, de sorte que é de se reafirmar o ponto central deste trabalho no sentido de que o dilema entre "Direito Alternativo x uso alternativo do Direito" hoje, no Brasil, é mais acadêmico doutrinário do que prático, cabendo ao aplicador das leis vigentes a acurada leitura para interpretá-las de forma mais adequada aos interesses sociais.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Por um Conceito de Direito Alternativo. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, 1991.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Direito Alternativo - Notas Sobre as Condições de Possibilidade. In: **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

CAVALIER, Silvia Drummond. Homossexual, Legislação Civil e Previdenciária- Questão Constitucional - Posição Jurisprudencial. **Revista Consulex**, São Paulo, n. 47, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juizes. In: **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual - O Preconceito - A Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FIGUEIRÉDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001

GOMEZ, Jesús Antonio Muñoz. Reflexiones Sobre el Uso Alternativo del Derecho. **Revista El Otro Derecho**, Bogotá, 1988.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Jurisdição na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**, Recife, n. 6, 1993.

RABENHORST, Eduardo. O Direito Como Fato Institucional. *Revista da Faculdade de Direito*, a. I, n. 1, João Pessoa, 1998.

SANTOS, Boaventura da Souza. Notas sobre a História Jurídica Social de Passárgada. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). **Introdução Crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília: UNB, 1993. (Série O Direito Achado Ruas, VI).

WELKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Alfa-ômega, [s.d.].

¿INFLUYEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS?

Maria Angeles Ahumada Ruiz

Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMÁRIO

PRESENTACIÓN.- 1. LA DECISIÓN JUDICIAL COLEGIADA.- 2. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y LA FORMULACIÓN DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL.- 3. DECISIONES SIN MAYORÍA: LOS CASOS DE EMPATE.- 4. CUANDO LA MAYORÍA QUE APOYA EL RESULTADO NO RESPALDA LA ARGUMENTACIÓN.- 5. QUE MAYORÍA APOYA LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 136/1999 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.- 6. LA "RATIO" DE LA SENTENCIA Y DEL VOTO CONCURRENTES: ¿COMPATIBLES?.- CONCLUSIÓN.

El voto [particular]... constituye... una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocrítica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo¹.

¹ Francisco Tomas y Valiente, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", incluido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid (1993), págs. 59-60.

PRESENTACIÓN²

El asunto del que tratan estas páginas no es, ni mucho menos, peculiarmente español. En cualquier sistema en el que se reconozca a los jueces la posibilidad de emitir votos particulares surge inevitablemente la pregunta de hasta qué punto puede esta práctica afectar a la autoridad de los pronunciamientos judiciales. Aunque está claro que la aparición de votos particulares acompañando a una decisión judicial no resta eficacia a lo decidido por la mayoría, esto es, no incide sobre el efecto de cosa juzgada de una sentencia, no conviene ignorar su posible impacto sobre la autoridad del razonamiento del tribunal. Lo que sostengo en este artículo es, precisamente, que los votos particulares pueden, en algunos casos, afectar a la idoneidad de una sentencia para establecer doctrina jurisprudencial, o si utilizamos el término anglosajón, para fijar un precedente. Si se acepta la premisa de que las decisiones de los tribunales superiores cumplen la doble función de resolver litigios concretos y, al tiempo, fijar reglas que guíen la decisión de casos futuros, afirmar que la existencia de votos particulares puede hacer inviable el establecimiento de doctrina judicial es tanto como reconocer que los votos particulares, en ocasiones, sí influyen sobre la eficacia de las sentencias. Esta conclusión, a mi modo de ver perfectamente lógica, no es obvia para todos. De hecho, no parece que los tribunales sean siempre conscientes de que la división de opiniones en su seno tiene consecuencias prácticas.

2 La primera versión de este trabajo se publicó en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58 (2000) bajo el título "La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. Rationes decidendi en la STC 136/1999". Las alteraciones que introduzco ahora son mínimas y están dirigidas a situar al lector no español en el contenido español del análisis. Deseo agradecer a mi colega el Profesor D. André Rosa su amable invitación para publicar el texto en esta Revista y al Profesor D. Francisco Rubio Llorente, Director de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, su permiso para reproducir el artículo original.

He comenzado indicando que la cuestión de la que me ocupo en este artículo es recurrente en todos los ordenamientos en los que se habilita a los jueces de tribunales colegiados a hacer públicas sus opiniones en minoría. Como el ordenamiento español es uno de ellos, aunque desde hace no demasiado tiempo, el problema aludido también se plantea en él, y en términos no especialmente singulares. Sin embargo, ya sea por la falta de tradición de la figura del voto particular en la práctica judicial española o, más probablemente, porque aún vivimos el tránsito de una concepción de la función judicial muy "funcionarial" a otra en la que se reconoce abiertamente el papel inevitablemente activo del juez en la configuración del "derecho vivo", del derecho efectivamente aplicable, los estudios dedicados a analizar las repercusiones de los votos particulares sobre la jurisprudencia, sobre el proceso de generación de derecho judicial, son todavía escasos. Con la intención de animar el debate sobre este asunto, mi análisis, a partir de un planteamiento general del problema, se centra en el caso español y, más en concreto, se proyecta sobre el ámbito de la actividad del Tribunal Constitucional. Para decirlo todo, fue precisamente una sentencia del Tribunal Constitucional - polémica por distintos motivos y que apareció acompañada de varios votos particulares - la que me incitó a escribir estas páginas. Me referiré brevemente al asunto de aquella sentencia y al porqué de su interés para el tema que nos ocupa³.

3 El texto de esta Sentencia, y más en general, información acerca del Tribunal Constitucional español (normas reguladoras, miembros que lo integran, competencias, memoria de actividades y jurisprudencia desde el año 1999) se puede conseguir en el sitio: <http://www.tribunalconstitucional.es>.

En la Sentencia 136/1999 el Tribunal Constitucional español resolvió declarar la nulidad de una sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, que condenó a penas de privación de libertad a los miembros de la dirección (la Mesa) del grupo político Herri Batasuna, considerados autores de un delito de colaboración con banda armada. En la Sentencia constitucional se estimaba que se había producido una lesión del "derecho a la legalidad penal" en la medida en que la pena impuesta a los condenados resultaba, a juicio de este Tribunal, excesiva, "desproporcionada". La "doctrina" de la sentencia consistía pues en el reconocimiento de un derecho a la proporcionalidad de la pena. Esta doctrina de contornos más bien confusos había sido anunciada en algunos casos anteriores y rechazada en otros y, claramente, constituía en los rotundos términos de la sentencia 136/1999 una novedad. La sentencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, no fue unánime: tres magistrados discreparon de la mayoría y cuatro suscribieron un voto concurrente en el que anunciaban su disposición a conceder el amparo atendiendo, también, a otras razones. A mi modo de ver, aunque el fallo de la sentencia fue apoyado por una clara mayoría, la "doctrina" de la sentencia sólo fue consistentemente apoyada por cinco de los doce magistrados que tomaron parte en la votación. ¿Debía considerarse, entonces, doctrina "del Tribunal"? ¿Vincularía en adelante esta "nueva" doctrina constitucional a los jueces ordinarios?

Como se verá, a lo largo de estas páginas trato de las distintas técnicas de adopción de decisiones por

tribunales colegiados, de los problemas conectados con el juego de mayorías y minorías en el seno de un tribunal, de los casos en los que un tribunal no consigue llegar a un acuerdo mayoritario en cuanto a la decisión, de los casos en los que una mayoría en cuanto a la decisión no se acompaña de una mayoría en cuanto al razonamiento por el que se llega a tal decisión, y de algunas otras cuestiones. Mi pretensión, muy limitada, ha sido la de poner de manifiesto la conexión existente entre discrepancias en el seno del Tribunal (que se hacen públicas a través de los votos particulares) y limitaciones para la fijación de doctrina por el Tribunal; también, por lo mismo, la de mostrar la conveniencia de distinguir entre el "proceso" de adopción de la decisión para el caso concreto y el "proceso" del establecimiento de doctrina para casos futuros.

El debate sobre estas cuestiones está abierto desde hace mucho tiempo en los sistemas de *common law*. Pretendí trasladarlo a la arena del más genérico ya existente en España sobre el "valor" de la jurisprudencia constitucional. Me animo ahora a incitar a participar en él, si es que aún no lo han hecho, a los estudiosos brasileños, y a que lo hagan partiendo de su propia perspectiva: la que obtengan a partir de la observación del modo de decidir de los altos tribunales del país. En todo caso, si simplemente he conseguido despertar la curiosidad de quien haya leído hasta aquí, el propósito de esta Presentación está cumplido.

1. LA DECISIÓN JUDICIAL COLEGIADA

La adopción de decisiones por órganos jurisdiccionales pluripersonales tiene lugar conforme a tres modelos básicos, que reflejan distintas maneras de entender la especialidad de la decisión judicial colegiada y, en último término, diferentes percepciones de la función del juez y del fenómeno de la generación de jurisprudencia.

Uno de estos modelos, el predominante en la tradición del derecho continental europeo, es el de la decisión *per curiam*, en la que el razonamiento de derecho que precede y sirve de fundamento al fallo se presenta como razonamiento "del tribunal", sin que se hagan públicas ni la autoría de la redacción, ni las posiciones mantenidas por los jueces en el trámite de la votación final. De este modo se provoca la impresión de que el tribunal tiene voz propia, que no se identifica necesariamente con la de los miembros que lo componen. Un razonamiento lineal y un resultado inobjeto refuerzan la imagen de la sentencia como "silogismo" y, por lo mismo, su pretensión de "verdad". Seguramente, la "doctrina" del silogismo judicial, aunque extendida, nunca sirvió para describir adecuadamente ni el proceso de adopción de decisiones judiciales, ni la estructura de las sentencias, pero como convenientemente se ha observado, ha constituido un modelo prescriptivo, "destinado a hacer creer que el juez opera según los cánones de certeza y de necesidad lógica típicos de la deducción

silogística". El estilo de la argumentación, neutral, objetivo, impersonal, es perfectamente coherente con una concepción burocrática de la función judicial que implícitamente niega el carácter creativo de la labor del juez y, con ello, reduce su responsabilidad⁴.

En claro contraste con la fórmula indicada está la de la adopción de decisiones *seriatim*, históricamente característica de los tribunales colegiados en el ámbito del *common law* y todavía hoy practicada por algunos de los más altos tribunales ingleses, destacadamente, la *House of Lords*. En este caso, la decisión del tribunal es la que resulta del agregado de las decisiones individuales de los miembros que lo integran. De hecho, materialmente, no hay una opinión del tribunal, sino que cada uno de los jueces- sucesivamente, de

4 "Un aspetto non meno importante dello stile delle sentenze... è invece costituito dal fatto che la sentenza è concepita, e scritta, come atto burocratico, come Staatsakt. Per così dire, e soprattutto al livello dello stile, la sentenza non è atto del giudice ma dell'organo, e la motivazione non è... l'autoapologia del giudice che ha deciso, ma la giustificazione formale di una decisione impersonale, riferibile astrattamente ad un ufficio che ha svolto una funzione pubblica, non a soggetti che hanno risolto una controversia[...]. Il dogma della segretezza della deliberazione, e la conseguente esclusione del voto e dell'eventuale motivazione dissenziente... implicano che la motivazione della sentenza sia un'argomentazione neutrale, oggettiva e spersonalizzata: sia cioè un discorso tecnico, formalistico e lineare, che non esprime le alternative e non giustifica le scelte di chi ha formulato la decisione [...]. È quindi sostanzialmente da un'ideologia burocratica della funzione giudiziaria, incorporata nelle norme vigenti e tuttora largamente diffusa tra i giudici, che si può trarre la spiegazione di alcuni elementi peculiari dello stile dominante. Ciò vale ad es. per la prevalenza della motivazione in diritto sulla motivazione in fatto, che rinvia all'idea per cui compito del giudice è applicare la legge in coerenza oggettiva col sistema piuttosto che muovere della realtà dei fatti razionalmente accertata, ma vale per il frequente ricorso agli strumenti del formalismo giuridico e per l'eliminazione delle giustificazioni valutative" Michele Taruffo, "La fisionomia della Sentenza in Italia", incluso in AA.VV. *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova (1988), págs. 207-209. La cita que se recoge antes en el texto procede del mismo trabajo del autor (pág. 193), que a pesar de presentarse como un comentario de la práctica italiana, contiene una soberbia síntesis de una discusión de enorme alcance a la que el autor ha dedicado muchas otras obras.

ahí, *seriatim*-expresa su voto precedido de un "speech", su argumento. Una mayoría clara en cuanto a la forma de disponer el caso o, incluso, la total coincidencia en cuanto al sentido de la decisión, no implican necesariamente el acuerdo en cuanto al "principio de derecho" que gobierna el caso⁵. La determinación de lo que vale por fundamento [*rationale*] de la decisión del tribunal, una tarea que han de llevar a cabo los jueces vinculados por el *holding* de la decisión, es ocasionalmente una pesquisa complicada, para la que, de modo nada sorprendente, sirve como pauta de orientación la regla de identificar como *ratio* de la decisión el mínimo común compartido por los argumentos individuales. Por esta razón, algunos autores distinguen entre la *ratio decidendi* del juez, digamos, el principio de derecho conforme al cual dispuso el caso y que pretendió fijar como precedente, y la efectiva "regla del caso", la que jueces posteriores deducen como precedente vinculante a partir de su interpretación del caso⁶. Si aun

ese "mínimo común" parece ausente, el precedente que la decisión fija quedará reducido a la conexión entre los hechos relevantes del litigio [*material facts*] y el resultado final⁷.

El tercer modelo es el que tempranamente se impone en los Estados Unidos por influencia del modo de hacer del Tribunal Supremo presidido por John Marshall. Si en un primer momento pudo considerarse un abandono de la fórmula inglesa, posteriormente, probaría ser más bien una variante de está. La novedad que introduce la opción americana es la de la designación de un juez relator encargado de expresar por todos, o al menos por la mayoría, la "opinión del tribunal". Marshall no fue el responsable de esta práctica, pero es comúnmente reconocido que con él se consolidó. El Presidente Jefferson le consideró el principal instigador de un método deplorable que conducía a una sentencia

5 "La *ratio decidendi* de un caso consiste en la regla de derecho [*rule of law*] explícita o implícitamente considerada por el juez como paso necesario para alcanzar su conclusión, tomando en cuenta la línea de razonamiento por él seguida". Nada impide que en una sentencia convivan varias *rationes decidendi* pero, como señalan Cross y Harris, el concepto de *ratio decidendi* - al menos cuando se interpreta como la razón de decidir del juez que efectivamente decide - si bien es perfectamente adecuado cuando no hay más que una opinión judicial, funciona muy poco cuando la decisión se adopta entre varios jueces: "es probablemente imposible evitar que las reglas sugeridas para el tratamiento de los casos en que coexisten varias opiniones judiciales tengan algo de arbitrarias. El principal problema, al menos en lo que afecta a la práctica inglesa actual, es que resulta imposible formular estas reglas pretendiendo total precisión". Cross & Harris, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford (1991, 4ª ed). Las citas son de las págs. 72 y 85 respectivamente.

6 Llewellyn lo expresa mejor cuando se refiere a la "distinction between the *ratio decidendi*, the court's own version of the rule of the case, and the true rule of the case, to wit, what it will be made to stand for by another later court". Karl Llewellyn, *The Bramble Bush*, Oceana, NY (1991, 9ª reimpr.), pág. 53 (cursiva en el original).

7 "There are situations in which a case can only be cited as authority for what 'it actually decides'... One such situation may occur when the different members of an appellate court give different reasons for coming to the same conclusion... according to one school of thought, the *ratio decidendi* of a case turning on the interpretation of a statute must always be derived from every material fact, regardless of what the judge may have said in the course of his judgment". Cross & Harris, *op. cit.*, pág. 62. El juez inglés, que no rehuye en su argumento la expresión de sus dudas y tampoco oculta la importancia de factores "extrajurídicos" (consideraciones de "policy"), entiende que su responsabilidad a la hora de decidir, implica también coherencia en el mantenimiento del criterio personal expresado en casos anteriores. En la práctica inglesa juega, en este sentido, una suerte de *stare decisis* "individual", de modo que los abogados, durante el juicio, invocan no sólo la doctrina del Tribunal, sino también las decisiones anteriores de cada juez que lo compone. Eventualmente esto puede colocar al juez en la fastidiosa situación de tener que desdecirse (un "overruling personal"), situación que se puede resolver de modo airoso, según el ejemplo de Lord Westbury que frente al abogado que esgrime una previa opinión suya replicó sencillamente: "I can only say that I am amazed that a man of my intelligence should have been guilty of giving such an opinion" (éste y otros ejemplos de cándida retractación, fueron invocados como modelo por el juez Jackson, del Tribunal Supremo de EE.UU., antes de anunciar su cambio de opinión en *Mc Graft v. Kristensen*, 340 U.S. (1950) pág. 177).

*adoptada apresuradamente en cónclave tal vez por la sola mayoría de un voto, y expuesta como si fuera unánime, con la aquiescencia silenciosa de compañeros perezosos o tímidos, por un presidente astuto que tergiversa el derecho, amoldándolo a su criterio mediante sus razonamientos*⁸.

La técnica de la "opinion of the Court"⁹ no supone, sin embargo, excluir la posibilidad de que cualquiera de los miembros del tribunal, si lo considera conveniente, exprese en voto separado su personal manera de considerar el caso y su solución. Como punto de partida, el tribunal aspira al acuerdo y, en la medida de lo posible, a la unanimidad, pero ninguna regla - salvo la no escrita del *self-restraint* individual - limita el derecho del juez a expresar su opinión aparte¹⁰.

8 Algo debió haber de cierto en la amarga queja de Jefferson, pues Marshall, que consiguió mantener la unanimidad del Tribunal Supremo en una medida que ningún otro Juez Presidente volvería a lograr, fue también el indiscutible protagonista en la redacción de las decisiones del Tribunal: en sus primeros cuatro años redactó todas salvo dos y, en conjunto, a él se debe la autoría de más de la mitad de todas las decisiones que el Tribunal adoptó durante los treinta y cuatro años que sirvió en él. Según le confió a Jefferson uno de los Jueces de aquel Tribunal [William Johnson, nombrado en 1804], la peculiar situación de aquellos primeros años era meros asombrosa si se echaba un vistazo al personal: "Cushing era incompetente, de Chase no podía esperarse que pensara o escribiera - Paterson era un hombre lento que con gusto declinaba la carga, y los otros dos jueces [el propio Marshall y Bushrod Washington] son comúnmente considerados un sólo juez". La situación cambió con la entrada de nuevos jueces y los votos particulares, aunque no tan frecuentes como hoy, dejaron de ser excepcionales. La opinión de Jefferson, muy conocida, la refiere Hughes en *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, FCE (trad. de R. Molina y V. Herrero), Méjico (1971, 2ª ed.), pág. 82. La noticia de la carta de Johnson a Jefferson, la tomo de una cita de H.J. Abraham, *The Judicial Process*, Oxford University Press, NY (1993, 6ª ed.), pág. 201 y n.144.

9 La asignación de la redacción de la opinión principal (lead opinion), según la práctica del Tribunal Supremo, la realiza el Presidente del Tribunal. Habitualmente, aunque no necesariamente, las opiniones unánimes y aquellas en las que la opinión mayoritaria coincide con el criterio del Presidente, son redactadas por éste. La designación del relator sólo tiene lugar una vez se ha debatido y votado de modo preliminar sobre la opinión y resultado del caso. Al parecer, existe la regla no escrita y tampoco inviolada de permitir al Magistrado recién llegado la elección de su primera opinión principal, que gozará de la cortesía de sus colegas (procurarán no discrepar).

10 When to acquiesce and when to go it alone is a question our system allows each judge to resolve for herself", Ruth Bader Ginsburg "Remarks on Writing Separately", *Washington Law Review*, vol.65 (1990), pág. 141.

El prestigio del que goza la institución del *dissent* en la práctica judicial americana está probablemente ligado al prestigio y a la influencia de "disidentes" muy admirados: Holmes es conocido como "The Great Dissenter", en reconocimiento a su oposición a la "Vieja Corte" del *laissez-faire*, y es canónico su *dissent* en el famoso caso *Lochner*; como él, Brandeis, Black o Douglas, son más conocidos y citados por sus opiniones en minoría que por sus intervenciones en nombre del Tribunal. Sin embargo, junto a una visión claramente idealizada de la institución como la sostenida por alguien tan poco propenso a ella como el juez Presidente Hughes

*un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente.*¹¹

no han faltado quienes estiman más virtuosa y responsable la contención en la expresión de la opinión individual, e incluso, quienes consideran el *dissent*, como decía el Justice Potter Stewart, un género de "literatura subversiva"¹². Técnicamente, en la medida en que no sirven para fundar la decisión del

11 La Suprema Corte de los Estados Unidos, op. cit., págs. 85-86.

12 El fenómeno de los *dissents* que con el tiempo se convierten en "la buena doctrina" es el objeto del interesante ensayo de Richard A. Primus, "Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent" [*Duke Law Journal*, vol.48 (1998), pp. 243-303]. Primus desafía la idea, muy común, del *dissent* como voz profética. A su modo de ver, no es casual que los *dissents* redimidos y elevados a la categoría de doctrina canónica, sean con inusual frecuencia los pronunciados por los grandes jueces del pasado. Este dato le lleva a sostener que el proceso de canonización del *dissent*, normalmente, es un proceso guiado por un Tribunal que, a falta de mejor apoyo, recurre a la opinión de una personalidad indiscutible como remoto fundamento de la nueva doctrina que anuncia. Pero en este proceso tanto o más que la opinión en sí (frecuentemente, muy reconstruida), juega el prestigio de su autor: "By reimagining a dissenting Justice and presenting him as a heroic figure, and by simultaneously reimagining the meaning of that Justice's dissenting opinions, courts reshape the constitutional canon and construct authorities on which they can rely in cases before them... that is the process by which the Supreme Court in earlier decades established the authority of the great dissents of Justices Harlan, Brandeis, and Holmes" (pág. 252).

Por lo demás, en todos los casos, en todos los modelos, el resultado definitivo, la decisión "del tribunal", es la que se impone por mayoría.

Por supuesto que en la práctica los modelos se matizan. En Inglaterra, aunque el modo de decidir *seriatim* sigue siendo reconocido como tradicional, no está descartado el empleo de decisiones *per curiam* y, en dos jurisdicciones, la del *Privy Council* y la de la *Criminal Division of the Court of Appeal* la técnica de la decisión única ha sido la preferida¹⁸. En el caso del *Privy Council*, esta preferencia se ha explicado por motivos funcionales y políticos¹⁹; en el de la jurisdicción de apelación penal, han pesado más el interés por reforzar en éste ámbito la certeza del derecho²⁰ y consideraciones "éticas"²¹.

18 Incluso en la *House of Lords* sería apreciable cierta tendencia a una real "colegialidad". Las decisiones *seriatim* (normalmente, emitidas por un *panel* de cinco *Law Lords*) ya no serían la regla absoluta. Hacen esta observación tanto Ginsbrug ("Speaking in a Judicial Voice", *New York University Law Review*, vol. 67 (1992), pág. 1189 y n.20), como Kornhauser & Sager ("The One and the Many...", cit., pág. 12 y n.23), todos ellos remiten al libro de Alan Paterson, *The Law Lords* (1982).

19 Por un lado, formalmente, el Consejo Privado actuaba como "asesor del rey" y esto parecía requerir unidad de criterio; por otro, mientras la principal tarea de este órgano fue la de resolver cuestiones que afectaban a la relación entre la metrópoli y sus dominios se hacía más que deseable evitar cualquier signo de litigio a la hora de expresar la última palabra. Sólo a partir de 1966 el *Privy Council* fue autorizado a hacer públicas las opiniones discrepantes. Sobre la práctica de esta jurisdicción y su influencia sobre el modelo decisorio acogido en los Estados Unidos y en países de la Commonwealth, vid., E. Mc Whinney, *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (1986), págs. 23 a 25.

20 Es notablemente beneficioso, pensamos, que aquellos que deben aplicar el derecho penal y que se encuentran vinculados por las decisiones del Tribunal de Apelación Penal tengan ante sí un único pronunciamiento que se limite a exponer el derecho relevante, en lugar de tener que atender a distintos pronunciamientos sobre el mismo caso que posiblemente les forzarán a deslizar del conjunto el fundamento de derecho común a todos ellos", Informe del Interdepartamental Committee on the Court of Criminal Appeal, citado en Cross & Harris, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford (1991, 4ª ed) p.94 y n. 139.

21 "En la apelación penal inglesa se ha entendido desde hace tiempo que el sentimiento de frustración del apelante que fracasa no debería ser agravado por una abierta división de opinión entre los jueces. Para el condenado, la pena es ya por sí suficientemente amarga sin necesidad de que le salga de una opinión disidente, favorable pero impotente, se le frota en la herida", LBloom-Cooper & G. Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in its Judicial Capacity*, Clarendon Press, Oxford (1972) pág. 81. La práctica parece ser que en la apelación penal las opiniones discrepantes sólo se hacen públicas si lo autoriza el juez presidente.

En los Estados Unidos la presencia de opiniones separadas en las sentencias del Tribunal Supremo es hoy la regla. No siempre fue así y sigue sin serlo en la práctica de los Tribunales de Apelación²². Pero, como se acaba de indicar, en el caso del Tribunal Supremo las opiniones unánimes son la excepción y no es infrecuente que la opinión principal, mayoritaria, venga dividida en partes que son apoyadas por distintas combinaciones de jueces²³. La

22 Refiriéndose a la situación de 1990, Ginsburg indicaba que la unanimidad en los tribunales federales de apelación sucedía en el noventa por ciento de los casos. Las razones del contraste con lo que ocurre en el Tribunal Supremo no son difíciles de encontrar: por una parte, los tribunales de apelación resuelven habitualmente en *panels* de tres jueces, de modo que el acuerdo es mucho más fácil que en el caso del Tribunal Supremo en donde son nueve los que deciden; por otra, a los tribunales de apelación no llegan con la misma frecuencia grandes cuestiones constitucionales, sino que su tarea más común es resolver cuestiones mucho menos "cósmicas" relativas a interpretación legal, o a la razonabilidad de las decisiones de agencias o tribunales de distrito finalmente, y sobre todo, los tribunales de niveles inferiores están vinculados por los precedentes del Tribunal Supremo con una rotundidad que no actúa sobre el propio Tribunal.

En relación con la situación de Tribunal Supremo la unanimidad fue la pauta (más del ochenta por ciento de los casos) hasta los comienzos del siglo XX, y las opiniones disidentes frente a las mayoritarias no constituyeron nunca más del diez por ciento. Para los años ochenta, sin embargo, esta imagen estaba ya totalmente cambiada: las opiniones no unánimes constituían el setenta por ciento de los casos. La tendencia, desde luego no ha cedido. Es general la impresión de que el Tribunal Supremo encuentra cada vez más dificultades para lograr el consenso en cuestiones constitucionales de largo alcance.

Vid., por todos, Ginsburg: "Remarks on Writing Separately", cit., págs. 147 y ss. y de la misma, "Speaking in a Judicial Voice", cit., págs. 1191 y ss. Las estadísticas del Tribunal Supremo (que informan sobre el número de casos decididos, tipos de decisión, número de votos particulares, alianzas de voto, etc.) se pueden encontrar en la *Harvard Law Review*. En concreto, para el *Tercer* último (1998-99) se pueden consultar en el vol. 113 (1999), págs. 400-411.

23 Sirva como ejemplo el modo en que se presenta la opinión del Tribunal, apoyada por dos diferentes mayorías, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2000 (*Kimel v. Florida Bd. of Regents* (98-791), se puede consultar en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/98-791.ZS.html>), y cómo se describen a continuación los votos separados: O'Connor, J. [Justice], delivered the opinion of the Court, Parts I, II, and IV of which were joined by Rehnquist, C.J. [Chief Justice], and Scalia, Kennedy, and Thomas, J.J., and Part III of which was joined by Rehnquist, C.J., and Stevens, Scalia, Souter, Ginsburg and Breyer, J.J. Stevens, J., filed an opinion dissenting in part and concurring in part, in which Souter, Ginsburg and Breyer, J.J., joined. Thomas, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Kennedy, J., joined.

tendencia a la fragmentación del Tribunal cuando debe decidir sobre cuestiones controvertidas y a la formación de bloques "ideológicos" relativamente estables en su seno es un fenómeno bien conocido y, aunque probablemente inevitable, abundantemente criticado.

Una preocupación de otro género es la que suscita el aumento de decisiones en las que la colisión entre diferentes argumentos impide la constitución de "la" opinión del Tribunal. En estos casos, conocidos como "*plurality decisions*", el juez relator anuncia el fallo del Tribunal precedido de "una" opinión que no tiene más peso que el que habitualmente se atribuye a la opinión concurrente²⁴. Este tipo de decisiones, inhábiles para crear doctrina, puede sin embargo provocar el efecto contrario, resquebrajando la fortaleza de doctrina previamente establecida. En casos así es en los que las diferencias y presuntas ventajas de la técnica americana frente a la

24 "La *plurality decision* es un caso sin "opinión del Tribunal": una mayoría de los miembros del Tribunal coinciden en el resultado... pero no hay acuerdo de la mayoría en cuanto a la razón para ese resultado. Los jueces escriben varias opiniones concurrentes explicando sus diferentes puntos de vista", Mark A. Thurmon, "When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *Duke Law Journal*, vol. 42 (1992) pág. 419 y n.1. Según algunos autores, la opinión que lidera la sentencia, la "*plurality opinion*", es aquella que consigue el acuerdo del mayor número de jueces - una mayoría minoritaria - pero al parecer esto no es siempre así. Es posible que la que se presenta como "*lead opinion*", tenga menos votos que otras opiniones que se presentan simplemente como "*concurring opinions*". Lo que parece claro es que uno de los jueces será encargado de anunciar el fallo del Tribunal y presentará "una" de las opiniones que lo apoyan, a la que seguirá el resto. Compárese en este punto lo que indica Thurman en el lugar citado, con Linda Novak, "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *Columbia Law Review*, vol. 80 (1990), pág. 756 y n.1.

Un supuesto distinto es el de los llamados "*dual majority cases*" en los que hay dos mayorías: una que apoya el resultado y otra que respalda una fundamentación no determinante de ese resultado.

inglesa son imperceptibles²⁵. De acuerdo con la teoría (norteamericana) más clásica del precedente, la ausencia de una fundamentación apoyada por una clara mayoría [*majority rationale*] en respaldo del resultado, priva a la decisión de todo valor de precedente. La decisión es autoridad, exclusivamente, para lo que afecta a ese resultado²⁶. Sin embargo, hay que advertir que de este modo no se produce una confusión entre *stare decisis* y *res judicata*, sino que lo que se subraya es la existencia de un mero "*result*" *stare decisis*. El alcance de éste se determina, según parece haber sugerido el propio Tribunal Supremo, de acuerdo con un criterio muy similar - también

25 Como advierten Kornhauser & Sager, "American practice has mirrored early English practice in this strong sense: deliberative persuasion and consensus notwithstanding, at the end of the day each Justice aligns herself with the outcome she would have chosen were she deciding the case alone. Consequently, once the convictions of American judges have been inflected by their collegial environment, the outcome in each case has been the outcome that would have been reached had the traditional English protocol been in place", *op.cit.*, págs. 13-14.

Varios observadores han apuntado, con total seriedad, que una de las razones de la relativa pérdida de colegialidad que el Tribunal Supremo padece en los últimos tiempos tiene que ver con el aumento del número de letrados, que hace que el Tribunal consista en nueve despachos de abogados trabajando sobre el mismo asunto. Según le llegó a confesar uno de los jueces del Tribunal Supremo a David O'Brian, autor de un libro en el que se analiza en detalle el proceso de circulación y discusión de los proyectos de sentencia en el Tribunal Supremo, a veces no se retira la opinión concurrente porque "it would break the law clerk's heart"... Sobre el argumento, véanse: David M. O'Brian, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics* (1993, 3a ed.), págs. 314 y ss. (la "confesión" en pág. 344); B. Schwarz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, Oxford University Press, NY (1996), en particular Caps. 2 y 11; y en relación con nuestro asunto: I. Kirman, "Standing Apart to Be a Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions", *Columbia Law Review*, vol. 95 (1996) págs. 2096 y ss.; Ginsburg, "Remarks on Writing Separately", *cit.*, p. 148 y ss.; Note, "Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking", *Harvard Law Review*, vol. 94 (1981) pág. 1134 y ss.

26 "The American system of precedent places substantially greater reliance on the reasoning component of judicial decisions than, for example, the British system, where the House of Lords issues individual opinions with the understanding that only the specific result will have precedential force", Linda Novak, "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions", *cit.* pág. 757, n.7.

por lo incierto - al inglés: atendiendo al "mínimo común denominador" de las opiniones concurrentes²⁷. Pero, como apuntan quienes se han ocupado de esta cuestión, ni siquiera ésta es una solución que funcione en todos los casos. Lo definitivo es que en una *plurality decision* no hay una "opinión del Tribunal"²⁸.

Consciente del gasto de tiempo y, frecuentemente, de autoridad, que ciertas disputas doctrinales conllevan en casos en los que el acuerdo en cuanto al resultado es fácil de alcanzar, el Tribunal Supremo ha recurrido ocasionalmente - como también lo han hecho los tribunales de apelación - a la fórmula de la decisión *per curiam* para sortear la retórica de la argumentación. De esta manera, puede presentar un resultado que sus miembros apoyan, sugiriendo apenas razones muy generales y poco comprometida para justificarlo²⁹. Esta estrategia no ha

dejado de ser criticada y es dudoso que opiniones que no pueden considerarse "*full opinions*" merezcan el valor de precedente³⁰. Excepcionalmente, el Tribunal ha acompañado a la *plurality decision* de una breve declaración *per curiam* para ayudar a explicar lo decidido y, de este modo, reducir la confusión que provoca la multiplicidad de argumentos y posiciones, sobre todo, en aquellos casos en los que el Tribunal reenvía el asunto al tribunal del que procede ordenándole decidir "en consecuencia". Lo que sucedió en la decisión de los "Papeles del Pentágono", un caso extremo, sirve de inmejorable ejemplo³¹. Sobre esta cuestión hemos de volver más adelante.

En la Europa continental hay signos que anuncian el paulatino acercamiento a un modelo de decisión colegial similar al norteamericano. Las resistencias son todavía importantes pero la tendencia es ya visible en el ámbito de la jurisdicción constitucional, debido, de una parte, al indudable influjo que sobre ella ha ejercido y sigue

27 Así en *Marks v. United States* (430 U.S. (1977) pág. 193: "Cuando un Tribunal fragmentado decide un caso y ningún particular razonamiento justificando el resultado distinta del asentimiento de cinco Jueces, el *holding* del Tribunal puede ser entendido como la posición adoptada por aquellos miembros que concuerdan en el fallo en los términos más específicos [on the narrowest grounds". La expresión "on the narrowest grounds", se presta a múltiples interpretaciones. Según observa Novak, el propio Tribunal la ha reinterpretado en el sentido de considerar "on the narrowest grounds" la fundamentación que, en apoyo del resultado, afecte o controle al mínimo número de casos en el futuro. L. Novak, *op.cit.*, pág. 764.

28 La insistencia en la autoridad del *result stare decisis*, obedece también a la necesidad de distinguir las *plurality decisions* de aquellas "decisiones" en las que ni siquiera hay mayoría en el resultado: las situaciones de empate ["*equally divided Court*"]. En estos casos, aquí no hay duda, el Tribunal no decide nada, las cosas quedan como estaban antes de acudir a él. Sobre esto, *infra* págs.

29 Es notorio que éste fue el camino seguido por el Tribunal para extender la doctrina de *Brown* (1954) - que había declarado inconstitucional la segregación racial en las escuelas - a otros ámbitos: campos de golf municipales [*Holmes v. Atlanta* (1955)], playas, balnearios o piscinas [*Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson* (1955)]. De *Brown* no se deducía claramente si la práctica de la segregación era en todos los casos y en cualquier ámbito y circunstancia inconstitucional y, probablemente, el Tribunal tampoco estaba preparado para precisar sin mostrar al tiempo sus propias dudas. Tras una serie de decisiones *per curiam* que evitaban entrar en las razones, el Tribunal pudo, más adelante, sin inconveniente, afirmar que "ya no está abierto a discusión que un Estado no puede constitucionalmente requerir la segregación en servicios públicos [public facilities]" [*Johnson v. Virginia* (1963)]. La discusión quedó zanjada sin que hubiera llegado a abrirse nunca.

30 En este sentido, Note, "Supreme Court *Per Curiam* Practice: A Critique", *Harvard Law Review*, vol.69 (1956), págs. 707-725. Los tribunales emplean rutinariamente decisiones "*Per Curiam*" para disponer casos "claros", estrictamente controlados por el precedente. Son por ello decisiones sin doctrina, de pura remisión.

31 *New York Times Co. v. United States*, 403 US (1971) pág.713 y ss. Esta decisión se abrió con una breve opinión *Per Curiam* para indicar que no se atendía la solicitud del Gobierno. El Tribunal decidía mantener las decisiones judiciales apeladas. A esta opinión seguían los votos particulares de todos y cada uno de los jueces que, al tiempo, suscribían y se adherían a los votos firmados por sus colegas: Black firmaba una opinión concurrente a la que se adherían Douglas; éste firmaba otra también concurrente a la que se adherían Black, Brennan y Marshall redactaron opiniones concurrentes individuales. Stewart firmaba otra y la apoyaba White, quien a su vez presentaba la suya suscrita también por Stewart; seguían a los votos concurrentes, tres votos disidentes: los de Burger (Jefe Presidente), Harlan y Blackmun, el de Harlan apoyado por los otros dos disidentes. Lo sorprendente del caso, es que la opinión *Per Curiam* terminaba con un "We agree", antes de dejar paso a las nueve opiniones separadas. Una situación similar se produjo en *Furman v. Georgia* [408 U.S. (1972) págs. 238 y ss.], la conocida sentencia sobre la pena de muerte.

ejerciendo la práctica americana de la *judicial review*, pero también a las peculiaridades de la "*constitutional adjudication*" que difícilmente encaja en el molde de una concepción mecanicista y formal de la función judicial. La textura abierta de las normas constitucionales, el delicado equilibrio entre principios y valores que conviven en tensión, el inevitable componente político de muchas de las controversias que esta jurisdicción debe resolver, son factores que explican el marcado carácter argumentativo y retórico de las sentencias constitucionales³². La tradición pesa más en otros ámbitos jurisdiccionales, pero también ahí se va abriendo paso la idea de que la exigencia de unanimidad formal no es necesariamente un estímulo para el debate interno, ni una garantía de consenso y acuerdo entre los miembros del colegio, cuando lo que cuenta - y lo único que llega a conocerse - es la posición de la mayoría, transmutada automáticamente en decisión del tribunal. Incluso en Francia, donde la sobriedad y rotundidad de la motivación sigue considerándose parte de la esencia de la decisión judicial, el famoso estilo lapidario de la *Cour de cassation* ha comenzado a estimarse menos digno

32 "El juez constitucional crea normas constitucionales que, por serlo, no pueden ser modificadas ni desconocidas por el legislador. Naturalmente, no las crea *ex nihilo*, sino como derivación de un "derecho más alto", cuyo sentido sólo él puede precisar. La conexión entre ese derecho más alto y la norma creada queda asegurada por la fundamentación de la decisión, es decir, por el razonamiento interpretativo que el juez explicita. De ahí, claro está, la necesidad de que ese razonamiento se produzca en términos comprensibles y que puedan ser referidos a una doctrina a partir de la cual se le puede criticar. La trascendencia política de las sentencias constitucionales no está tanto en el sentido de la decisión como en el razonamiento en virtud del cual se llega a ella...". F. Rubio Llorente, "Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", incluido en *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993) págs. 619-620. "[...] a interpretación que con frecuencia se trasluce en el fallo siempre en la fundamentación es el resultado de un debate argumentativo en el que una línea interpretativa prevalece frente a otra u otras. Tales argumentos, razonados en términos de Derecho, se trasladan al texto de la sentencia y proporcionan a nuestra jurisprudencia un tono entre didáctico y profesoral... muy propio de un Derecho de juristas". F. Tomás y Valiente, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado...", *op. cit.*, pág. 58.

de admiración³³. En el marco de esa tendencia que parece universal y que revela algo más que un cambio en la técnica decisoria de los tribunales de apelación, el ordenamiento español ha incorporado la novedad de permitir a los jueces de tribunales colegiados hacer públicas sus opiniones en minoría³⁴. Esa misma solución se había acogido ya antes en instancias judiciales supranacionales - el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - con la notable e interesante excepción del Tribunal de Justicia de la CEE³⁵.

33 Le style actuel des décisions, notamment de la Cour de Cassation, est un peu la messe en latin. C'est le prolongement d'une tradition intrinèquement respectable. Mais c'est aussi la répétition de formules que beaucoup ne comprennent pas et qui permettent à l'esprit de s'orienter où il veut". Tunc y Touffat, "Pour une motivation plus explicite des décisions de droit civil, notamment de celles de la Cour de cassation", en *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 72 (1974) págs. 487 y ss. (la cita de la pág. 507). Los autores americanos apenas ocultan la satisfacción que les produce comparar su sistema con el francés (encarnación habitual, a sus ojos, de "lo europeo"). Ginsburg registra la impresión que le produjo a un miembro del Consejo de Estado francés presenciar una vista en un Tribunal de Circuito y conocer después la sentencia, en la que cada juez expresó su voto por separado. Este "civilian jurist" le comentaba por carta lo siguiente: "La sentencia de un tribunal debería ser precisa y concisa, no una discusión entre profesores, sino el mandato [the order] de quienes tienen encomendado hablar en nombre de la ley, y por tanto escrita con sencillez y claridad, presentando breve explicación. Una sentencia demasiado larga revela incertidumbre. [...] Al mismo tiempo, es muy impresionante para mí ver que los miembros del tribunal ofrecen a los litigantes y a los lectores el contenido de sus dudas y cavilaciones sin que esto menudee la credibilidad de la justicia, en la que el americano tanto confía." R.B. Ginsburg, "Speaking in a Judicial Voice", *cit.*, pág. 1190.

34 Art. 260 LOPJ. En algún caso, no se trata simplemente de una opción del juez, sino de una obligación, como parece indicar el art. 206 de la LOPJ, que fuerza al ponente que "no se conformare con el voto de la mayoría" a declinar la redacción de la resolución y formular voto particular.

35 El influjo francés en el estilo de decisión de este Tribunal es bien claro. El francés ha sido desde el principio la lengua de trabajo y en la que se redactan las resoluciones, y hasta 1979 el Tribunal se sirvió de la fórmula de los "attendus" para exponer la fundamentación. El criterio de la unanimidad formal y la prohibición de opiniones disidentes sigue manteniéndose, técnicamente justificado por los consabidos argumentos de que de esta forma se protege la independencia e imparcialidad de los jueces y se refuerza la autoridad de sus decisiones. La llegada de jueces ingleses tras la plena integración del Reino Unido en la Comunidad pudo hacer pensar en algún momento que las cosas podían cambiar, introduciéndose nuevos modos en la técnica de decisión. Sin embargo, hasta ahora, aunque algo atemperado, el estilo dogmático - una motivación en la que sólo se valoran los argumentos que sostienen la tesis acogida, prescindéndose de argumentos rivales - sigue siendo el característico, a pesar de las serias críticas que provoca. Aparte del peso de la tradición, que explicaría la inicial opción por la técnica de decisión *per curiam*, la razón de fondo del rechazo a un modo de decidir más argumentativo y a la aceptación de las opiniones disidentes, tiene que ver, cabe sospechar, con la indudable función política de este Tribunal, oráculo del derecho comunitario. Su posición, salvada la distancia, bien puede recordar a aquella del Privy Council mientras fue guardián del Derecho del imperio (*supra* n. ...). En general, *vid.*, F. Capotorti, "Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", en AA. VV.: *La Sentenza in Europa*, *cit.*, págs. 230-247; y V. Gremioneri & C.J. Golden, "The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civil Law Traditions", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21 (1973), págs. 664-690.

Sería precipitado, y probablemente erróneo, deducir de lo dicho que asistimos al declive y progresivo abandono del modelo de decisión *per curiam*. No es exactamente así. La fórmula de la decisión *per curiam* es perfectamente adecuada en muchos casos y facilita enormemente el trabajo de tribunales sobrecargados de asuntos. Muchos jueces reconocen modestamente que la deferencia hacia las propuestas del juez designado como ponente, en ocasiones, tiene que ver más con la falta de tiempo que con el pleno acuerdo en la fundamentación. Cuando una mayoría del tribunal coincide en el resultado y la doctrina del caso no es polémica, la decisión del tribunal no requiere de grandes esfuerzos argumentativos. La decisión *per curiam* sirve bien al objetivo de resolver con prontitud y autoridad y, al tiempo, afianzar el criterio del tribunal. Pero descubre su debilidad cuando a un tribunal llegan los casos difíciles. En esta situación, el conflicto entre puntos de vista muy distantes, o bien se resuelve antes de decidir la redacción de la decisión, con lo cual es posible que la deliberación se prolongue - a partir de cierto momento, sin grandes perspectivas de acuerdo - hasta conseguir alguna mayoría *ad hoc*, o bien se resuelve durante la redacción de la decisión, dando lugar a sentencias de "creación colectiva", en las que los aspectos conflictivos se envuelven en oscuridad -o, directamente, se evitan - y proliferan las matizaciones y salvedades, una retórica que en nada contribuye a la clarificación de la cuestión para casos futuros y puede provocar el desconcierto de los jueces de instancias inferiores. Sólo una visión ingenua y, si se permite la expresión, despreocupada, del proceso que está detrás de la elaboración de la decisión judicial,

permite conformarse con la regla de la absoluta prohibición de la expresión del disenso en órganos judiciales colegiados. Al fin y al cabo, si no es por la sospecha de que ciertas controversias admiten una variedad de soluciones en derecho, ¿por qué habría de imponerse la regla de la mayoría como criterio de decisión?³⁶

No es, por tanto, la fórmula de la decisión *per curiam* la que parece en crisis, sino cierta concepción de la función de los tribunales y del Derecho que confió en esa fórmula para fortalecer la ilusión de que toda sentencia no es sino la expresión de una solución que viene dada y que, correctamente aplicado, el Derecho provee la solución "exacta" de cualquier litigio. Seguir el hilo de este razonamiento conduciría muy bien a la vieja discusión acerca de si el derecho que el juez aplica es siempre un derecho que ya existe o si, en ocasiones, el juez debe inevitablemente "crearlo" para poder decidir, pero internarnos por este camino nos apartaría de nuestro asunto sin poder, a cambio, añadir nada de interés al gran debate. Recurro, para concluir, a las palabras de Mc Whinney cuando dice que

en realidad, los argumentos en pro y en contra de la admisión de opiniones discrepantes en un órgano colegiado como un Tribunal, y sobre la publicidad de las opiniones en respaldo de tales votos, están íntimamente conectados a teorías generales del Derecho, del proceso judicial e del papel del juez en lo que la Carta de las Naciones

³⁶ Si la sentencia hubiera de reflejar la única solución admisible, la regla debiere ser la de la unanimidad. De cara al exterior, la decisión *per curiam* es siempre (formalmente) unánime.

Unidas denomina el "progresivo desarrollo" del Derecho. Una vez que viejas teorías positivistas del Derecho quedan a un lado y se reconoce el potencial del juez como creador de normas, el Derecho mismo pasa a ser concebido, no como una tarta helada de doctrina que cuajó de una vez y para siempre en alguna remota era, sino como un continuo proceso, dinámico y dialéctico, de desarrollo de principios legales y reglas que se acomodan a condiciones sociales y necesidades cambiantes. Estos enfoques más instrumentales del Derecho, que desplazan teorías estáticas y contemplativas más antiguas, requieren en consecuencia de la más amplia perspectiva que ofrecen interpretaciones judiciales alternativas, si ese proceso dialéctico ha de avanzar de modo científico y útil"³⁷.

2. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y LA FORMULACIÓN DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Tras esta excursión por los dominios del derecho comparado, que no tiene más sentido que el de situar en el contexto más amplio la cuestión de la que queremos tratar, podemos ceñirnos ya a lo que sucede en nuestro ordenamiento y, en concreto, para lo que nos interesa, en el ámbito de la jurisdicción constitucional. En este punto hay que comenzar con una observación preliminar y es que el examen de la técnica decisoria de nuestro Tribunal

37 E. McWhinney, *Supreme Court and Judicial Law-Making...*, cit., pág. 40. La traducción, como casi siempre, es aproximada.

Constitucional, al menos en lo que se refiere al proceso interno de adopción de decisiones y al modo en que se organiza la deliberación y votación de los asuntos, presenta alguna dificultad, pues básicamente se trata de un proceso cuyas reglas son internas y carecen de publicidad: no hay prácticamente indicación alguna al respecto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) y, a pesar de lo prevenido en el art. 80 LOTC, no parece que la regulación establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) haya sido asumida por defecto, en todos sus extremos, por el Tribunal³⁸.

Como órgano colegiado, el Tribunal adopta sus decisiones por mayoría previa deliberación y votación secretas. El Magistrado designado como Ponente es el

38 El art. 80 LOTC establece que "Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de ... deliberación y votación...". Puesto que las deliberaciones son secretas y también el resultado de las votaciones, no es posible saber hasta qué punto la práctica interna del Tribunal se rige por lo establecido en los arts. 254 y ss. de la LOPJ. Es evidente, por ejemplo, que la regla establecida en la LOPJ para los casos en los que el Ponente discrepa de la posición de la mayoría (art. 206), no ha sido siempre seguida por el Tribunal, que en casos así se ha servido de una variedad de soluciones: el Magistrado que actúa como Ponente redacta la sentencia y después formula voto discrepante (p.ej. en la STC 160/1987) o voto concuyente (STC 139/1999), declina la redacción de la Ponencia, que es asignada por el Presidente a otro Magistrado, y formula voto particular (p.ej. stc 28/1987); el Presidente asume la Ponencia (p.ej. stc 99/1988, e STC 13/1998, donde hubo dos Ponentes relevados). Otros supuestos son más curiosos: así las Ponencias "complementarias" de la STC 5/1981 (en la que un Ponente se ocupó de la redacción de los "motivos" primero y segundo y de los dos primeros pronunciamientos del fallo y otro del resto, formulando ambos votos particulares), o la Ponencia conjunta de dos Magistrados en la STC 53/1985 (fruto, según se indica en los Antecedentes [7], de un "texto alternativo" que en determinado momento desplazó al propuesto por el Ponente inicialmente designado), y de tres en las SSTC 120/1990 y 137/1990. Alguna vez los Magistrados han invocado el art. 206 de la LOPJ para justificar la renuncia del ponente discrepante a redactar la sentencia y la consiguiente obligación de formular voto particular, pero también se han expresado en el sentido de diferenciar lo que es la función "institucional" del Ponente, encargado de expresar "el parecer del Tribunal", de su posición "individual" como miembro del colegio, que participa en la votación y conserva su derecho a discrepar de la mayoría. Manifiestamente, el estilo de los votos particulares tampoco se atiene a lo preceptuado en la LOPJ art. 206, que indica que serán formulados "en forma de sentencia".

encargado de expresar "el parecer del Tribunal"³⁹ y la Sentencia (del Tribunal) viene firmada por todos los que hayan tomado parte en la votación, aunque después formulen voto particular.

La posibilidad abierta a los Magistrados de emitir votos particulares, sobre cuya oportunidad hubo alguna discusión en un primer momento, no parece haber sido un elemento perturbador ni, en lo que se conoce, para la dinámica interna de trabajo del Tribunal ni, como algunos pudieron temer, de cara al exterior, para su imagen pública. Los Magistrados han hecho de ellos uso regular, sin que esto haya contribuido, al menos visiblemente, a provocar escisiones o alianzas de voto permanentes en la práctica⁴⁰.

Los votos particulares, dice la Ley del Tribunal, pueden ser discrepantes respecto del fallo o de la fundamentación, deben reflejar una posición previamente defendida durante la deliberación, y siguen a la Sentencia; se publican con ella, pero no forman parte de ella⁴¹. A diferencia de lo que es habitual en la práctica americana, en las sentencias constitucionales no hay referencia alguna, al menos expresa, a las posiciones mantenidas en los votos

particulares. La mayoría que apoya la sentencia, aparentemente, no se siente obligada a refutar la opinión sostenida por el colega o colegas disidentes, quizá, porque la sentencia ya está elaborada cuando se redactan los votos particulares, quizá, porque se entiende que la discusión quedó zanjada tras el debate interno⁴². Por otro lado, es la publicidad del voto particular la que informa de la mayoría que apoya la decisión: en principio, toda decisión que no se acompaña de votos particulares se puede presumir unánime, ya que en la sentencia no se da noticia de las vicisitudes de la votación⁴³.

En general, puede decirse que a los votos particulares se les atribuye interés doctrinal, académico (una sentencia con varios votos particulares es, entre otras cosas, un buen asunto para un comentario de jurisprudencia) y es lógico, pues normalmente el firmante del voto particular dirige sus argumentos no a la mayoría del Tribunal, que ya los conoce y no los compartió, sino a los potenciales lectores avisados de la jurisprudencia constitucional, que bien podrían resultar persuadidos por esas otras razones que la Sentencia no tuvo en cuenta. Su auditorio, habitualmente, es académico. Aunque también cumplan esa función, desde luego no cabe atribuirles como principal razón de ser la de

39 Las ponencias se asignan de acuerdo con un turno establecido sobre la base de criterios objetivos. En otros Tribunales, p.ej. en el caso del Tribunal Supremo de EE.UU., o en el Tribunal Constitucional Austriaco, el encargo de redactar la sentencia recae sobre alguno de los miembros de la mayoría que coincide en la forma de disponer el asunto.

40 Sobre la discusión que precedió a la introducción del voto particular en la Constitución, sobre la historia de esta figura en nuestro ordenamiento, sobre el debate doctrinal y sobre su práctica (hasta el año 1998), me remito, por todos, a la monografía de J. Ezquiaga Ganuzas, CEC, Madrid (1990) y bibliografía allí citada.

41 Art. 90.2 LOTC. Con la práctica se han desarrollado variantes de voto particular: individuales, conjuntos, colectivos, votos que concurren en parte y disienten en parte del fallo de la fundamentación. No caben votos sin argumento aunque sí, *per rationes*, de adhesión. Nos ocuparemos aquí únicamente de votos particulares que acompañan a sentencias, aunque, de acuerdo con la ley, pueden emitirse con otras resoluciones.

42 El art. 260 LOPJ indica que la intención de formular voto particular debe anunciarse en el momento de la votación en el de la firma de la Sentencia. En Alemania, con vistas a proteger la autoridad del colegio, está previsto que los jueces de la mayoría puedan reabrir la discusión después de redactado el voto particular. Véase, en general, para Alemania, Jörg Luther, "L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht", incluido en *L'opinione dissenziente* (A. Anzón, coord.), Giuffrè, Milán (1996), págs. 258-277.

43 LOPJ arts. 233. En este punto, la práctica española contrasta con la del Tribunal Constitucional alemán, al que la ley permite hacer públicos los resultados de las votaciones [BVerfGG § 30 (2) in fine: "Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmverhältnis mitteilen"]

aliviar la irritación que a personas responsables les produce ver cómo se equivoca (a su juicio) la mayoría y con graves consecuencias. Aparte de su indudable capacidad para promover el debate y la discusión sobre cuestiones jurídicas -que, siempre a juicio del disidente, el Tribunal cierra en falso y que quizás en un futuro puedan ser reconsideradas(y rectificadas)-, está extendida la opinión de que los votos particulares son "inofensivos", que ninguna influencia tienen sobre la inmediata autoridad y fuerza vinculante de la sentencia.

Y, en efecto, ninguna pueden tener sobre el resultado que, según manda la ley, se adopta por mayoría. Sin embargo, ¿ vale esto también para la "doctrina de la Sentencia"? Planteado de otro modo, ¿ es siempre la doctrina de la Sentencia doctrina "del Tribunal"? ¿ cabe hablar de doctrina del Tribunal en sentencias que muestran una división de opiniones tal que se hace imposible reconocer una doctrina de la mayoría?. El puro hecho de que los Magistrados puedan disentir de la argumentación de la sentencia, aún apoyando el resultado, puede dar lugar a que en algún caso la mayoría que apoya el resultado no sea la que respalda la argumentación de la sentencia, a que no se constituya ninguna argumentación mayoritaria o, incluso, a que el argumento apoyado por la mayoría no sea el que sostiene el resultado⁴⁴.

44 No son combinaciones tan forzadas: pensemos en casos en los que además de aparecer votos disidentes, varios Magistrados concurren sólo en el resultado, casos en los que se produce un "empate"; casos en los que los votos concurrentes coinciden con la argumentación de los discrepantes (o en un "empate" resuelto por el voto de calidad del Presidente, donde alguno de los que apoyan el resultado no comparte la argumentación y formula voto concurrente). De la situación del "empate" nos ocupamos después.

La consideración de la Sentencia como una sola pieza, en la que motivación y fallo están indisolublemente ligados, donde el fallo se presenta como resultado inexorable a partir de las premisas que se dan por buenas en la fundamentación, es perfectamente coherente en el contexto de la decisión *per curiam*, pero no cuando se acoge un modelo de decisión en el que se acepta la discrepancia. En esta situación, si el sistema es consecuente, motivación (*ratio decidendi*) y resultado (*decisum*), por decirlo de algún modo, se independizan, y a uno y otro aspecto de la decisión por fuerza se les ha de reconocer distinta virtualidad. Si se admite, como sucede en el caso del Tribunal Constitucional español, que los Magistrados puedan discrepar del fallo o de la fundamentación, implícitamente se acepta que para la formación de la decisión del Tribunal deben concurrir dos mayorías, una para la argumentación y otra para el resultado, y que éstas pueden no coincidir. Los efectos que, por ley, se asocian al fallo - cuyo contenido posible puede estar limitado por la ley y, en todo caso, por exigencia del principio de congruencia - no se confunden con los que, por su parte, despliega la motivación. Por supuesto, esto no significa que el fallo deba leerse desconectado de la motivación y, normalmente, si se trata de una sentencia apoyada por todos, o por la mayoría, fallo y motivación resultarán cómodamente aliados. Es simplemente que la "fuerza" del fallo no depende de la contundencia, de la fuerza de persuasión, incluso de la coherencia de la motivación. La doctrina de la sentencia puede demostrarse errada sin que esto afecte a lo decidido. Otra cosa es la fuerza vinculante de la doctrina, su

capacidad para generar "reglas", criterios de interpretación o aplicación de normas a los que deberán acomodar su actuación otros aplicadores del Derecho - señaladamente, otros tribunales - y que presumiblemente guiarán la actuación futura del propio tribunal. La eficacia de tal doctrina depende, claro, de que sea inteligible, pero también de su solidez, y es aquí donde interviene el elemento de la predicción. Una doctrina apoyada por una minoría de los miembros del Tribunal, y abiertamente discutida o repudiada por el resto, no parece llamada a consolidarse y de ninguna manera refleja la opinión del colegio. Una motivación *ad hoc*, suficiente para un resultado concreto, no es indicativa de lo que el Tribunal puede resolver en otro caso en el que, aun planteándose la misma cuestión de derecho, las circunstancias fácticas varíen siquiera mínimamente. Estoy hablando en abstracto y a punto de penetrar en el universo del precedente, que no es mi intención. Desearía únicamente apuntar la existencia de estos problemas, que afectan a la definición de la doctrina constitucional y no pueden ser ignorados a la hora de determinar el alcance de la obligación impuesta por el art. 5.1 LOPJ a los jueces ordinarios⁴⁵.

45 Dice este artículo: "La Constitución es la suprema del Ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Según advierte F. Sáiz Moreno, "la interpretación de las resoluciones del Tribunal Constitucional para deducir el alcance de los preceptos y principios constitucionales (art. 5 LOPJ) exige seleccionar aquellos argumentos que constituyen el fundamento del fallo. No todo lo que las sentencias dicen tiene igual valor. Sin embargo, tampoco puede trazarse una separación abeduta entre los argumentos que parecen constituir la razón de la decisión y aquellos otros que los acompañan. Las sentencias constituyen un todo, incluidos los votos particulares que pueden formular los miembros de los Tribunales. La publicación de los votos particulares facilita no sólo salvar la posición del magistrado disidente, sino, sobre todo, la interpretación de la sentencia, al poner de manifiesto aquello que la mayoría rechazó". F. Sáiz Moreno, "Vot. Interpretación jurídica", *Enciclopedia jurídica*, Civitas, Madrid, pág. 3713.

Nuestro Tribunal no muestra, afortunadamente, la fragmentación a la hora de argumentar sus decisiones que es ahora tan habitual en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Los votos discrepantes siguen siendo excepcionales y aún lo son más los votos concurrentes. Decía afortunadamente porque en términos de jurisprudencia, una argumentación dividida es un fracaso, pues significa que no hay acuerdo en cuanto a la doctrina aplicable para la solución del caso, aunque esto no impida que se constituya una mayoría en torno a la decisión. Siendo excepcionales en la práctica del Tribunal los votos particulares, todavía son más extrañas las situaciones en las que la diferencia de opinión entre los miembros del colegio no se resuelve y no llega a constituirse una mayoría en cuanto a la motivación. Son situaciones extrañas pero no imposibles y, de hecho, nuestro Tribunal las ha conocido.

Pretendo ocuparme brevemente de dos de estas situaciones y de los problemas que plantean que, sin ser una rareza, por alguna razón no han despertado aquí el mismo interés que en otros países. Se trata de las situaciones de "empate" y de las situaciones en las que la mayoría del Tribunal apoya el resultado pero no la argumentación.

3. DECISIONES SIN MAYORÍA: LOS CASOS DE "EMPATE".

Un problema peculiar es el que plantean las decisiones que se adoptan por un Tribunal dividido que apoya con los mismos votos un resultado y el contrario. La doctrina norteamericana se refiere a esta situación como la de

"*equally divided court*" (la inglesa habla de "*evenly divided courts*"). La peculiaridad de esta situación estriba en que, en supuestos así, no sólo no se constituye una mayoría en cuanto a la argumentación, sino que tampoco la hay en torno al resultado. La primera cuestión a resolver, por tanto, es la de qué puede decidir un Tribunal bloqueado de este modo.

En España, donde el Tribunal Constitucional está compuesto por un número par de magistrados, la ley, en previsión de esta situación, dispone que "en caso de empate, decidirá el voto del Presidente" (art. 90.1 LOTC). Esta no es una solución universal y no hace falta ser particularmente imaginativo para pensar que coloca al Presidente en una delicada situación, porque en estos casos, en definitiva, a él se la atribuirá la responsabilidad de la decisión. Una solución como ésta no crea grandes problemas si se sigue la técnica de la decisión *per curiam*, puesto que entonces la regla del voto de calidad del Presidente actúa como regla *ad intra* para desbloquear la votación. Sin embargo, cuando las posiciones de los miembros del Tribunal son argumentadas y reciden igual publicidad, la eficacia de una solución de este tipo puede ser cuestionada. Su lógica aparente - la de desbloquear a un Tribunal que en todo caso debe decidir, por aquello del *non liquet* - es penosamente compatible con la función del Tribunal de decir la última palabra en materia de constitucionalidad. En este sentido, varios autores han considerado más satisfactorias las soluciones acogidas en otros sistemas, por ejemplo, el alemán, en donde en ausencia de mayoría no es posible declarar la inconstitucionalidad.

En los sistemas anglosajones, y aquí el criterio es indubitado, el empate impide a un tribunal decidir. La consecuencia es una "*summary affirmance*", esto es, la sentencia apelada o el acto recurrido permanece inalterado, aunque no confirmado, por la "decisión" del Tribunal dividido. Estas resoluciones carecen de efecto de cosa juzgada *material*: no resuelven la cuestión jurídica que el caso plantea, que podrá regresar al tribunal - suscitada en el contexto de un litigio diferente - y ser examinada como si fuera nueva. Ni que decir tiene, que las decisiones de una *equally divided court*, incapaces de alterar lo decidido por un tribunal inferior, mucho menos pueden crear doctrina o modificar la existente. No mueven nada: bien mirado, la fórmula de la *summary affirmance* produce el mismo efecto que una inadmisión⁴⁶.

La solución de atribuir voto de calidad al Presidente abre una excepción en la regla de la mayoría para la adopción de decisiones, porque el voto del Presidente no convierte en mayoría lo que no lo es. En todo caso, es una solución que determina *el sentido de la decisión* en casos de empate, pero no parece sensato deducir que también actúa sobre la argumentación en la que se apoya. Entre otras razones porque quienes, con el Presidente, concurren en el sentido de la decisión pueden no coincidir en la argumentación⁴⁷. De nuevo, como antes se indicaba, el

46 El primer precedente, en caso de EE.UU., se fija en la época de Marshall, *Etting v. Bank of U.S.*, 11 Wheat. pág. 78: "In the very elaborate arguments which have been made at the bar, several cases have been cited which have been attentively considered. No attempt will be made to analyze them, or to decide on their application to the case before us, because the judges are divided respecting it. Consequently, the principles of law which have been argued cannot be settled; but the judgment is affirmed, the court being divided in opinion upon it". La práctica, como se ha dicho ha sido invariable. Curiosamente, en el caso de empate, quizás porque no hay opinión, el Tribunal Supremo no hace públicas las posiciones de los jueces, no se llega a conocer quiénes estaban en cada lado. Sobre la situación en Inglaterra, véase Cross & Harris, *op. cit.*, págs. 86 a 90.

47 En hipótesis, el mismo Presidente podría formular un voto concurrente.

problema no sería tal si el Tribunal operara bajo la lógica de la decisión *per curiam*, pero se plantea, y con consecuencias importantes, cuando la división del Tribunal se refleja en votos particulares.

Una posición razonable, a la vista de cómo se opera en otros sistemas, sería la de entender que, en casos así, lo que el Tribunal ofrece es una decisión *ad hoc*. Pone fin a la concreta "controversia", pero no fija una regla para la solución de casos futuros en los que la misma cuestión de derecho vuelva a plantearse. Es decir, que la cuestión queda de algún modo en suspenso, sigue siendo *res dubia* para el Tribunal y no es seguro que éste, obligado en otro caso a volver sobre ella, alcance la misma conclusión. El fallo desplegará los efectos a él asociados (cosa juzgada y, eventualmente, otros), pero resulta desproporcionado proclamar la fuerza vinculante de la motivación. Ésta, claro, justifica el resultado, pero de la misma manera que la argumentación contenida en los votos particulares - por la otra mitad del Tribunal - justifica el resultado opuesto. No se puede olvidar que el resultado vino determinado por el voto de calidad del Presidente.

Evidentemente, el Tribunal puede posteriormente acoger como doctrina propia la argumentación de una sentencia adoptada de este modo. Pero esto no significa reconocer que la doctrina de la sentencia del Tribunal dividido sea *per se* doctrina del Tribunal, es simplemente que la mayoría del Tribunal siempre puede, en una nueva ocasión, hacer suya aquella doctrina que no fue inicialmente doctrina mayoritaria. Nada impide que el Tribunal acoja en algún momento tesis que fueron en el pasado sostenidas en un voto particular y rechazadas por la mayoría. El efecto

vinculante de esa doctrina sucede a partir de su aceptación por la mayoría del Tribunal⁴⁸, de modo que sólo desde ese momento, o si se prefiere, desde su confirmación en una sentencia apoyada por la mayoría, surtirán los efectos prevenidos en el art. 5.1 LOPJ.

Una situación de empate, del tipo que estamos examinando, se produjo en dos casos bien conocidos: la sentencia 111/1983 (caso RUMASA) y la 53/1985 (sobre el aborto). En la STC 13/1998 no llegó a producirse empate pero se provocó una situación similar en cuanto a la ausencia de mayoría en la argumentación: a la Sentencia siguieron seis votos particulares, cinco disidentes y uno concurrente (la doctrina de la sentencia era mayoritaria, pero no de la mayoría del Tribunal).

4. CUANDO LA MAYORÍA QUE APOYA EL RESULTADO NO RESPALDA LA ARGUMENTACIÓN

Técnicamente éstas son las decisiones a las que la doctrina americana denomina "decisiones de pluralidad", *plurality decisions*, en las que la *ratio* de la decisión, como sucedía en el caso de las decisiones *seriatim*, debe ser inferida de los argumentos en juego. Si los argumentos son inconciliables, es dudoso que pueda hablarse de doctrina. Cuando la doctrina sostenida por una "mayoría minoritaria" es particularmente novedosa o supone quebrar una doctrina anterior más consolidada, difícilmente será considerada vinculante por los jueces inferiores que lo que presencian

⁴⁸Incluso cabría deducir de lo previsto en el art. 13 LOTC, que la doctrina de las Salas no es automáticamente doctrina del Tribunal.

es una discusión en el seno del tribunal en cuanto al principio de derecho aplicable para la solución del caso. De nuevo, la materia es "*res dubia*"⁴⁹.

Las *plurality decisions* son un fenómeno provocado por la presencia de opiniones concurrentes, en concreto, por cierto tipo de opinión concurrente: la llamada concurrencia en el resultado. Entre los autores americanos está generalizada la distinción entre concurrencia simple y concurrencia en el resultado. La primera consiste en una argumentación que se ofrece como complementaria, a mayor abundamiento o incluso alternativa a la expuesta en la opinión principal. La segunda es una discrepancia en toda regla: lo que el concurrente ofrece es una vía argumentativa diferente, otra ruta para llegar al mismo resultado. Una concurrencia que se presenta como simple sólo demuestra que lo es si su argumento es compatible o, cuando menos, no invalida o contradice el de la opinión principal; el valor de este tipo de votos es dudoso, aunque algunos les atribuyen la condición de *dicta* (no son argumentaciones necesarias para el resultado, pero pueden contribuir a aclarar aspectos de la discusión)⁵⁰. Las razones por las que se elaboran los votos concurrentes son mucho

49 En notas anteriores ya he citado algunos estudios que se ocupan del análisis de este tipo de decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Me remito de nuevo a ellos (véanse en concreto los citados en nota...). Un buen resumen de la doctrina, con propuesta nueva es lo que ofrece el estudio de Ken Kimura, "A Legitimacy Model for the Interpretation of Plurality Decisions", *Cornell Law Review*, vol. 77 (1992), págs. 1593-1627.

50 En general se reconocen los problemas que plantea ofrecer una argumentación como alternativa para el resultado. "It is impossible to treat a proposition which the court declares to be a distinct and sufficient ground for its decision as mere dictum simply because there is another ground stated upon which, standing alone, the case might have been determined" (es una opinión que recogen Cross & Harris, cit. pág. 82). Sobre el valor de precedente de los votos concurrentes y, en general, su clasificación e identificación, me atengo al criterio de Kimman, "Standing Apart to Be A Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions", cit.

más sutiles que las que funcionan para los votos discrepantes. En realidad, toda concurrencia encubre un *dissent* de mayor o menor calado pues, al fin y al cabo, si la diferencia no era mucha, ¿por qué la insistencia en la elaboración de una opinión que nada va a cambiar?

Las *plurality decisions* son cualquier cosa salvo decisiones "sin argumentación". De hecho, el problema está en que hay demasiados argumentos para el resultado y ninguno de ellos concluyente para la mayoría. El acuerdo que no se alcanza en cuanto a la fundamentación se logra sin problemas para el resultado y no se puede decir que éste sea arbitrario simplemente porque no hay acuerdo a la hora de justificarlo.

Sin embargo, aunque en abstracto no sea difícil de aceptar la diversidad de argumentos para el mismo resultado, en la práctica, y en particular en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la falta de acuerdo en la fundamentación puede condicionar el resultado. Esto depende de cómo se organice la votación. No siempre es posible evitar la paradoja de que ante la falta de acuerdo en la fundamentación, el Tribunal presente como resultado - como decisión - el que apoya la minoría. Mírese de este modo:

Supongamos que un Tribunal Constitucional - el español, pongamos por caso - debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. Los recurrentes sostienen que la ley vulnera los artículos 81.1, 16 y 20 de la Constitución. Durante la deliberación, en el seno del Tribunal, se perfilan tres posturas apoyadas por cierto número de magistrados: unos (pongamos, cuatro), consideran que la ley no es inconstitucional; otros (de nuevo, cuatro) que la ley vulnera el art. 20 CE, y otros

(los restantes cuatro) que el artículo intolerablemente afectado es el 14 de la Constitución. Una mayoría de los miembros del Tribunal considera, por tanto, que la ley es inconstitucional pero no hay mayoría en cuanto a cuál es la concreta razón de la inconstitucionalidad. En esta situación, cualquiera de los dos resultados posibles - la declaración de inconstitucionalidad o la declaración de no inconstitucionalidad - puede prosperar. Si los ocho miembros que consideran que la ley es inconstitucional no encuentran alguna solución de compromiso (una posible es unir sus argumentos en la sentencia, votar por el resultado de la declaración de inconstitucionalidad y formular voto particular), lo que resultará es una declaración de no inconstitucionalidad, por tanto, la posición que defiende la minoría. Si los dos bloques de cuatro magistrados deciden concurrir en el resultado pero manteniendo sus distintas argumentaciones en voto particular, estamos en presencia de una *plurality decision*.

Una situación un poco más complicada: imaginemos ahora un amparo, por seguir con el Tribunal español, que ha de resolver el Pleno. Los demandantes sostienen que el acto recurrido - una sentencia de un tribunal - vulneró derechos reconocidos en los arts. 16.1, 20 c) y d), 23, 24.1, 24.2, y 25.1 de la Constitución. Durante la deliberación las posturas de los Magistrados se manifiestan divididas de modo que - más allá de la coincidencia en apreciar la ausencia de vulneración de los derechos de los arts. 16.1, 20 c) y d), 23 y 24.1 CE - unos sostienen que no hay vulneración de ningún derecho (tres Magistrados), otros (cuatro Magistrados) que se produjo una vulneración de uno de los derechos del art. 24.2 CE y, finalmente,

otros (los cinco restantes) entienden que la vulneración se concreta en un derecho del art. 25.1 CE. De nuevo, la mayoría del Tribunal coincide en apreciar que el acto recurrido vulneró derechos, pero es incapaz de identificar por mayoría el concreto derecho (o derechos) vulnerado (-s). La situación se complica porque, a diferencia de lo que sucede en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad - donde el pronunciamiento se concreta en la declaración de inconstitucionalidad o no inconstitucionalidad de la ley o precepto legal recurrido -, en el caso del amparo el pronunciamiento estimatorio del Tribunal, además de declarar la nulidad del acto (decisión, acto o resolución) recurrido, ha de "reconocer" el derecho vulnerado para restablecer al recurrente "en la integridad de su derecho". El problema es menor desde que el Tribunal ha interpretado que los pronunciamientos posibles de la sentencia que otorga el amparo, según lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, son pronunciamientos independientes y cumulativos (así en la, por otras razones extraña, STC 67/1998, FJ 7).

En una situación como la inmediatamente descrita el Tribunal podría concluir con la desestimación del amparo (porque no hay acuerdo en cuanto al derecho vulnerado y hay mayoría en cuanto a la no vulneración de cada uno de los derechos alegados) o la estimación del amparo por las razones que sostienen dos grupos de Magistrados. Si se formulan votos concurrentes, la consecuencia es clara: en la sentencia se suman los argumentos y en los votos se produce la resta, de modo que se comprueba que ningún argumento es mayoritario. De nuevo estamos ante una *plurality decision*, hay un resultado apoyado por la

mayoría pero no sucede lo mismo con la fundamentación. La motivación sirve para explicar el resultado del caso concreto, pero es dudoso que pueda hablarse de doctrina "del Tribunal"⁵¹.

5. QUÉ MAYORÍA APOYA LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 136/1999 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Hasta aquí el debate en términos generales. Llegamos ahora la ocasión de trasladarlo a un caso concreto: el que proporciona la decisión del Pleno del Tribunal en la STC 136/1999. El origen de este asunto está en el recurso de amparo que los miembros de la Mesa de Herri Batasuna interpusieron contra la Sentencia de la Sala Segunda (Penal) del Tribunal Supremo que los condenó como autores de un delito de colaboración con banda armada. En la demanda de amparo los recurrentes denunciaron la vulneración de una serie de derechos; la Sentencia del Tribunal, estimatoria, reconoció únicamente la vulneración de "su derecho a la legalidad penal" y declaró la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo. La decisión fue apoyada por nueve Magistrados ya que sólo tres formularon voto

51 Kornhauser y Sager se ocupan en el estudio que venimos citando de examinar lo que denominan la "paradoja doctrinal": cuando las diferencias de opinión entre los jueces son significativas, un caso puede resolverse en un sentido o en el opuesto según se disponga la votación. Si se vota "por resultado" (voting the case) la solución es diferente a la que se alcanzaría votando, separadamente, por cuestiones de hecho o de derecho relevantes para la decisión (voting by issues).

El Tribunal Federal Constitucional alemán ya ha experimentado con las plurality decisions. En el caso más clamoroso, la BVerfGE 32, 199, sobre la constitucionalidad de una ley estatal sobre retribuciones a jueces, se daba la paradoja de que los siete jueces que decidieron, emitieron voto disidente y la motivación colegial que acompañó al fallo no fue compartida por ninguno.

discrepante. De los nueve Magistrados que constituyeron la mayoría, cuatro firmaron un voto concurrente. Este voto - redactado por el Ponente de la Sentencia y al que se adhirieron tres Magistrados - se presentó como "simple concurrencia"⁵². Pero vale la pena detenerse a examinar hasta qué punto esto es así.

El momento central se la argumentación del Tribunal, en la Sentencia, se sitúa en los Fundamentos Jurídicos 20 a 30. Éste es el lugar en el que se desarrolla la tesis finalmente determinante del sentido de la decisión; ahí está, por tanto, el núcleo de la *ratio decidendi* de la Sentencia. La construcción del Tribunal, destinada en ese espacio a precisar el contenido y alcance del derecho constitucional a la legalidad penal en general y a los efectos del caso en presencia, no es en absoluto simple; y aunque en ningún momento se anuncia como doctrina novedosa, no se oculta que, en los términos en que será de aplicación al caso, se trata de una doctrina invocada en otros casos pero nunca antes determinante de un fallo estimatorio. El Tribunal concluye, así lo indica en el FJ 30, que en el caso a examen "se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal *en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas*". No nos interesa aquí entrar en el examen de la doctrina de la Sentencia, nos fijaremos únicamente en el modo en que determina el contenido del fallo.

52 "Estoy plenamente de acuerdo con el fallo y con la argumentación que lleva a él...". Con esta frase se introduce el voto particular concurrente.

El Tribunal otorga el amparo y declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo no en razón de una vulneración del derecho de los recurrentes por parte del juzgador, sino porque entiende que la condena que el Tribunal impuso de acuerdo con la ley, era desproporcionada. La lesión del derecho es, por tanto, imputable al legislador y no al juez⁵³. Esa lesión, que se produce en el momento en que se impone la sanción, la provoca la aplicación de un precepto penal - el art. 174 bis a) C.P. 1973-que, a juicio del Tribunal, "hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso". El precepto, por tanto, es "inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes". El Tribunal, em definitiva, considera que la conducta de los recurrentes, constitutiva de un "acto de colaboración" con banda armada - de acuerdo con la legítima interpretación del Tribunal Supremo (FJ 26) - debió recibir una sanción inferior a la mínima prevista en la ley⁵⁴. Por supuesto, el

53 El Tribunal ya advierte que "el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador" y que "en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos [en general, derechos fundamentales y libertades públicas] será imputable al legislador y no al juez" (FJ 21 de la Sentencia).

54 "[N]o es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo" (FJ 30).

Tribunal no concreta qué condena hubiera sido la proporcionada a las circunstancias del caso; se limita a declarar la desproporción⁵⁵.

Comprobada y concretada de esta forma la lesión del derecho a la legalidad penal, que es lo que se refleja en el fallo, el Tribunal entendió innecesario analizar la colisión del precepto penal con el principio de legalidad desde la perspectiva sugerida por los demandantes así como entrar en el examen de otros motivos de la demanda de amparo⁵⁶. Claramente, de esos otros motivos el que restaba por examinar era el de la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Justamente, la alegación que centra el interés del voto particular concurrente.

6. LA "RATIO" DE LA SENTENCIA Y DEL VOTO CONCURRENTE: ¿COMPATIBLES?

La afirmación que en la Sentencia se hace en cuanto a que no era preciso entrar en el examen de otros motivos de la demanda, sólo cabe entenderla en lo que afecta a la

55 "En casos como el que ahora nos ocupa, es claro que siempre entrará dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la técnica o la vía concreta para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas, sin que a este Tribunal, como es lógico, correspondiera especificar ninguna de ellas" (FJ 30).

56 "La apreciación de la vulneración del derecho a la legalidad penal por parte del art. 174 bis a) C.P. 1973 desde la perspectiva del principio de proporcionalidad nos exime de analizar el mismo precepto legal desde los otros ángulos del mencionado derecho fundamental alegados por los recurrentes. Igualmente resulta innecesario examinar el resto de los "motivos" en torno a los que se articula la demanda de amparo." (FJ 30) Es verdad que, puesto que el amparo se dirige contra la Sentencia del Tribunal Supremo, fuente de la lesión de los diversos derechos alegados por los recurrentes, una vez declarada su nulidad, los recurrentes ven satisfecha su pretensión. Pero no está claro entonces, si la obligación de responder a "todos" los motivos alegados - analizar todas las lesiones de derechos denunciados - sólo existe para el Tribunal cuando no estima el amparo.

presunción de inocencia en un sentido: que no se considera imprescindible exponer las razones por las que la mayoría del tribunal interpretó que no se producía la vulneración de este derecho. De otro modo no se puede comprender que un argumento como el que se va desarrollar llegue a ser voto particular; la ley del Tribunal, razonablemente, pretende evitar argumentos "sorpresa" en votos particulares y con este propósito exige que éstos reflejen una postura previamente defendida en la deliberación, no otra cosa, por otra parte, explica la adhesión de otros tres Magistrados a la opinión del redactor del voto concurrente⁵⁷. Suponemos entonces que el Tribunal "conoció" el argumento y que durante el debate a que diera lugar no prosperó como fundamento respaldado por la mayoría para la decisión.

El autor del voto concurrente, después de afirmar que comparte argumento y fallo de la sentencia, justifica la oportunidad no obstante del voto porque a su juicio la Sentencia "no debía limitarse a enjuiciar la constitucionalidad del precepto aplicado", sino que más allá de esto "debería haber examinado también la alegación relativa a la presunción de inocencia, para estimarla". En resumen entiende, y eso es lo que va a desarrollar, que el amparo debió concederse, además, porque el Tribunal Supremo lesionó el derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia. El problema está, me parece, en que la ruta propuesta por el voto concurrente hacia el resultado, es incompatible con el *iter* argumentativo de la Sentencia. Dicho de otro modo: si se acepta que el Juez lesionó el derecho a la presunción de inocencia, se hace

⁵⁷ También hay alusiones en cuanto a la no vulneración de la presunción de inocencia en los votos disparejos.

innecesario entrar a examinar si el legislador vulneró el principio de legalidad penal "en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas", y al contrario, si la Sentencia pudo desarrollar este argumento, fue a partir de la aceptación de que la condena impuesta a los recurrentes lo fue de acuerdo con la ley, una vez que el tribunal penal apreció que su conducta era subsumible en el tipo penal⁵⁸. En la Sentencia no hay reproche al Juez y la lesión del derecho, como se indicó, se imputa al legislador.

Con apoyo en la doctrina del Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia, el voto se propone demostrar cómo en el caso concreto se produjo efectivamente la lesión de este derecho. Básicamente, porque tampoco se trata aquí de examinar la corrección de la tesis del voto, la conclusión de quienes concurren es que durante el proceso ante el Tribunal Supremo no se produjo auténtica prueba de cargo y, sobre todo, que no se procedió a la individualización de la conducta culpable. Esto conduce a sostener que puesto que no se enervó la presunción de inocencia, el Tribunal nunca debió dictar un veredicto de culpabilidad. Innecesario pues referirse al rigor de la sanción, evidentemente es desproporcionada - cualquiera lo hubiera sido - cuando se impone a quien no se ha demostrado culpable⁵⁹.

⁵⁸ "[L]a apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso" (FJ 30).

⁵⁹ "[S]in pruebas suficientes y concluyentes no se puede atribuir a nadie un comportamiento que revista un significado antijurídico, susceptible por ello de acarrear una sanción [...] El acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación. Como señalábamos en la STC 81/1998... "la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio [...] opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable" (fundamento jurídico 3º). (Voto concurrente, en [3]).

Si se confía en este argumento - y cabe suponer que para los firmantes del voto concurrente debía ser el favorito, ya que a pesar de coincidir con la mayoría en el resultado lo hicieron público - no es posible apoyar en todos sus extremos el razonamiento de la Sentencia. No es sólo que en el voto se afirma que el Juez lesionó derechos, cosa que no admite la Sentencia, sino que el momento de la lesión de los derechos es también distinto: en el voto se sostiene que se produjo en el momento de señalarse la culpabilidad, en la Sentencia, al imponerse la sanción.

El que, en abstracto, los firmantes del voto concurrente estén de acuerdo con la conclusión de que la sanción prevista era desproporcionada, no resuelve, creo, los problemas de compatibilidad apuntados entre ambos argumentos. Si la mayoría hubiera acogido la solución del voto particular, no habría necesitado andar el camino para demostrar lo desproporcionado de la condena "en las singulares circunstancias del caso".

¿Hubieran apoyado los firmantes del voto concurrente la Sentencia si no hubieran tenido ocasión de expresar también su otro punto de vista? ¿Hubieran apoyado ese resultado de no estar persuadidos de que se había producido una conculcación del derecho a la presunción de inocencia? ¿Hubieran coincidido con la mayoría en el argumento - como expresamente admitensi en la Sentencia se hubiera rechazado explícitamente la lesión del derecho a la presunción de inocencia? Esto no es posible saberlo, pero es difícil evitar la sospecha de que en su decisión de apoyar el fallo que conducía a anular la Sentencia del

Tribunal Supremo, hubo de influir su convicción de que se había producido una clara - así la presentan - vulneración del derecho a la presunción de inocencia⁶⁰.

Como indicábamos en otro momento, un voto que se anuncia como "simple concurrencia" - cuando el autor no discrepa ni del fallo ni de la argumentación apoyados por la mayoría - sólo demuestra que lo es si su argumento es a mayor abundamiento, complementario o, de cualquier forma, no condiciona o contradice el de la mayoría. Si no es el caso, el voto es concurrente en el resultado, pero discrepante en cuanto a la *ratio decidendi* de la mayoría.

Desde mi punto de vista, que es el que he intentado ofrecer, en la decisión que comentamos el voto concurrente propone otra forma de resolver en amparo, una ruta que se separa y es excluyente de la seguida por la Sentencia, con la que converge en el fallo, en el sentido de estimar que se ha producido la lesión de un derecho fundamental y que procede la declaración de nulidad de la sentencia recurrida. Sostener esto permite concluir que estamos en presencia de una *plurality decision*, en la que una clara mayoría apoya la conclusión (nueve frente a tres), pero a partir de una argumentación dividida - cinco Magistrados apoyan la de la Sentencia, cuatro la del voto concurrente

60 "De todo lo dicho se desprende que, aun con los límites propios de nuestra valoración, no existe prueba de cargo, ni directa ni indirecta, respecto a la participación de los recurrentes en los hechos objeto de sanción o, dicha de otro modo, que la inferencia descrita en la Sentencia recurrida es, sin duda, abierta en exceso, y por ello nada puede probar ya que admite con facilidad y con naturalidad conclusiones alternativas, y no permite por ello considerar como razonablemente probado a efectos penales el relato de hechos probados adoptado: [...] Deberíamos haber declarado... que la sola periferia el órgano que adoptó la decisión delictiva, la asunción posterior de las consecuencias penales de la misma, las ambiguas declaraciones y los silencios de los recurrentes, no constituyen ni individualmente ni en su conjunto indicios suficientes para afirmar la colaboración individual de cada uno de los acusados con la organización terrorista. Lo dicho debía conducir, a mi juicio, al otorgamiento del amparo solicitado bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia." (Voto concurrente, en [12]).

y tres expresan su discrepancia (también de la argumentación de la Sentencia) por separado. Si se ve así, el resultado del caso concreto está respaldado por dos tipos de argumentos (hay dos *rationes decidendi*), pero la mayoría del Tribunal no coincide en cuanto a la doctrina que gobierna el caso (la argumentación de la sentencia es apoyada por una mayoría minoritaria). No es por tanto que la decisión del Tribunal adolezca de carencia en la argumentación - de hecho hay "demasiada" argumentación: dos *rationes* que compiten entre sí para el resultado-, sino que la insistencia en las "singulares circunstancias del caso", en concretos elementos fácticos, hacen difícil deducir de ella algo más que lo que en la teoría del precedente se denomina "*result stare decisis*". En un caso idéntico, el Tribunal - supuesto que se mantiene la composición personal - probablemente resolvería igual; si variaran mínimamente las circunstancias de hecho, quién sabe. Dicho de otro modo: hasta qué punto la doctrina de la Sentencia servirá de guía de decisión de casos futuros, sólo se comprobará en el futuro, si es que el Tribunal vuelve a recurrir a ella para decidir y perfila entonces sus contornos, más allá de las concretas circunstancias de este caso. Hasta entonces, forzar a los jueces penales a complicados ejercicios de *balancing* en los casos en que sospechen la desproporción de la pena respecto de la gravedad del delito o de la conducta culpable, parece arriesgado⁶¹. Por otra

61 El test que la Sentencia sugiere para realizar lo que denomina "el juicio estricto de proporcionalidad" no resulta muy preciso y desde luego no es sencillo de aplicar: este juicio, dice el Tribunal, "es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir - y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales - y la gravedad de la pena que se impone - y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales". Tampoco resulta más iluminadora la muestra de la aplicación del test en el caso concreto (véase el FJ 29).

parte, puesto que los jueces, penales o de otro tipo, no pueden dejar de aplicar la ley, tampoco está claro si la Sentencia llega a sugerir que en casos así planteen cuestión de inconstitucionalidad, o que, en los términos del art. 4.3 C.P. vigente, acudan al Gobierno para instar la modificación del precepto o la concesión de indulto⁶².

CONCLUSIÓN

La aceptación de la regla de la mayoría como criterio para la adopción de decisiones por órganos judiciales colegiados, evidentemente no responde a razones "democráticas". Tampoco hay argumento que demuestre que en el seno de un tribunal la minoría, por serlo, se equivoca⁶³. Es menos comprometido conformarse con la intuición de que si el ideal está en la unanimidad, el criterio de la mayoría se impone porque es lo más aproximado a ella (y, en consecuencia, que la autoridad del colegio pierde fuerza a medida que se aleja de esa aspiración).

Por otra parte, tratándose de tribunales de última instancia, parece claro que las razones en las que reposa la irresistible fuerza del fallo no son las que justifican el carácter vinculante de la motivación, la fuerza de la doctrina de la sentencia. El Estado de Derecho requiere, para su correcto funcionamiento, depositar en algún lugar la responsabilidad de decidir definitivamente un litigio.

62 Como se ha visto, en la Sentencia no hay "reproche" alguno al Juez - que no planteó cuestión - y nunca sabremos cómo hubiera actuado el Tribunal de haber mediado una recomendación de indulto por su parte.

63 Planteado de un modo brutal, en el terreno político, la razón está de parte de quienes pueden convertir su opinión en Derecho. De algo así se jactaba el diputado francés, de la mayoría, que replicó a un miembro de la oposición: "vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire".

"*Interest rei publica ut sit finis litium*". La decisión del tribunal que tiene la última palabra es definitiva, incluso cuando es errada. La observación del juez Jackson, un ejercicio de humildad no exento de escepticismo, se ha hecho justamente famosa:

La revocación por un tribunal superior no es prueba de que con ello se haya hecho mejor justicia. No hay duda de que si hubiera un Tribunal super-Supremo, una parte considerable de nuestras revocaciones a los tribunales estatales serían a su vez revocadas. No somos la última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos la última instancia.⁶⁴

Con la doctrina de las sentencias sucede algo distinto. Una cosa es la obligación de motivar para justificar el resultado - toda decisión judicial debe basarse en argumentos jurídicos - y otra, a partir del caso, ofrecer una regla, un criterio de decisión que guíe y anticipe la solución de casos futuros. Por supuesto, no todas las sentencias son ocasión para la enunciación de doctrina; no todas, por decirlo así, fijan un precedente. Muchos casos se resuelven aplicando sencillamente doctrina anterior y la motivación se limita a justificar su aplicación al caso. Cuando el derecho aplicable es claro, las eventuales diferencias de opinión en cuanto al resultado derivan normalmente de la diferente valoración de los hechos

64 Opinión concurrente del Juez Jackson en *Brown v. Allen*, 344 U.S. (1953), pág. 540.

relevantes en el litigio concreto; en casos así, el resultado puede ser disputado pero la doctrina permanece inalterada. En otros casos, la dificultad procede de las dudas en cuanto al derecho aplicable: porque no es claro, porque se sospecha que es inadecuado, porque "en apariencia" no existe, porque no hay coincidencia entre los miembros del tribunal en cuanto a cuál es. Es en estos casos en los que el tribunal, para decidir, debe disipar en la fundamentación esas dudas. La enunciación de una nueva regla o la alteración de la existente requerirán un esfuerzo argumentativo adicional y el acuerdo mayoritario de Tribunal.

A veces el acuerdo no se logra, o sólo de manera imperfecta; el caso se decide - si concuerda una mayoría en el resultado - pero las dudas en cuanto al derecho que gobierna el caso persisten. Acostumbrados a considerar a los jueces "*problem solvers*", los juristas anglosajones aceptan con naturalidad las diferencias de opinión y, también que, en ocasiones, en ausencia de reglas claras los jueces "producen" derecho para decidir. No se trata de una creación libre sino limitada y ordenada por las complejas reglas del *stare decisis*.

El nuestro no es un sistema de *case law*, y nuestra tradición jurídica no concede la misma relevancia a la doctrina judicial. Pero en el nivel de la aplicación judicial de la Constitución, el mecanismo a través del cual la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a los jueces ordinarios, es lo más parecido al sistema del precedente. Los jueces ordinarios han de interpretar el derecho que aplican "según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de

las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"⁶⁵. Cuando este Tribunal al que los demás miran para aplicar el derecho conforme a la Constitución "hace públicas sus propias dudas" - como se dice en la cita con la que se habrían estas páginas -, infunde esas mismas dudas a los jueces. Ésta, me parece, es también una consecuencia del vínculo que el art. 5.1. LOPJ establece entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Y el Tribunal ha de ser consciente de ello.

65 Art. 5.1 LOPJ. "Como es obvio, en virtud de esta norma, la doctrina del tribunal Constitucional, es decir, sus razones decidendi, adquiere un valor de precedente que vincula a todos los jueces y Tribunales y cuyo respeto ha de ser garantizado eventualmente en último término a través del recurso de casación por infracción de Constitución, al que el mismo precepto (apdo. 4º) se refiere. [...] Las razones decidendi que los demás jueces han de respetar son las que el Tribunal utiliza en todo tipo de procesos. Por esta vía se atribuye a las sentencias dictadas al resolver recursos de amparo unos efectos que, sin tener la generalidad de los que generan las decisiones en los procesos de inconstitucionalidad o los conflictos, se acercan mucho a ellos". F. Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional en España", incluido en F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, pág. 8 y n. 25.

NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Maria Antonieta Lynch de Moraes

Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito Privado na Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Comercial da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. O NOVO CÓDIGO CIVIL, O DIREITO DE EMPRESA E O ESTABELECIMENTO. 2. CONCEITO. 3. TERMINOLOGIA. 4. CARACTERÍSTICAS. 5. ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO. 6. ESTABELECIMENTO: OBJETO UNITÁRIO DE NEGÓCIO JURÍDICO. 7. ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO: TRESPASSE. 8. A RESPONSABILIDADE PELO PASSIVO. 9. NÃO-REESTABELECIMENTO. 10. REFERÊNCIAS.

1. O NOVO CÓDIGO CIVIL, O DIREITO DE EMPRESA E O ESTABELECIMENTO

Finalmente, aos 10 dias do mês de janeiro de 2002, após uma longa tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada a Lei n.º 10.406/2002 – Novo Código Civil – devendo entrar em vigor em janeiro de 2003, quando será considerado revogado o atual Código Civil que remonta à janeiro de 1916.

Num caráter inédito na história da Codificação Civil Brasileira, pela primeira vez o Direito de Empresa é regulado em seus diversos ângulos. Sem dúvida, essa postura é uma tendência que tem inspiração no direito italiano que, ao unificar o Direito Privado em 1942, tratou do Direito de Empresa no Código Civil.

Assim, o Livro II da Lei n.º 10.406/2002 dispõe sobre o Direito de Empresa dos artigos 966 a 1195.

De forma também inovadora, sem precedentes no direito positivo e alvo da presente análise, o legislador deu tutela específica ao estabelecimento comercial dos artigos 1.142 a 1.149¹.

2. CONCEITO

Segundo Carvalho de Mendonça² fundo de comércio é o complexo de meios idôneos, materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.

1 Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária. Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza. Art. 1.144. O contrato, que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros, depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro das Empresas, e de publicado na imprensa oficial. Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solvar o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando, porém, o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos da publicação e, quanto aos outros, da data do vencimento. Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo Único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal. Os terceiros poderão, porém, rescindir o contrato dentro em três meses a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. Art. 1.149. A cessação dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa fe pagar ao cedente".

2 MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. V, 1ª parte, p. 15 e 16.

Para Oscar Barreto Filho³ é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.

Como vemos, as definições estão fundamentadas na tendência clássica da divisão do direito privado, sem considerar o estabelecimento como um bem coletivo apto a ser usado por qualquer pessoa física ou jurídica que pratique uma atividade econômica.

Hoje, segundo o texto legal do Novo Código Civil, considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Isso significa que o estabelecimento é o conjunto de bens organizados para o exercício de atividade econômica/ empresa, ou seja, é o complexo de bens reunidos para a prática de uma atividade econômica organizada titularizada pelo empresário ou por uma sociedade empresária, ou titularizada pelo empresário na sua forma singular ou coletiva. Empresário esse que não é mais diferenciado pela natureza de sua atividade, podendo ser civil ou comercial, tendo apenas o dever de atender à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Verificamos, portanto, que o Novo Código Civil eliminou e unificou a divisão anterior existente entre empresário civil e empresário comercial. Ou pelo menos não utiliza mais essas expressões para proceder à classificação.

3 BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75.

3. TERMINOLOGIA

Essa reunião de elementos utilizados pelo empresário para a prática de sua atividade recebeu variadas denominações por parte da doutrina, dentre as quais podemos citar: fundo de comércio⁴, azienda⁵, estabelecimento comercial ou empresarial⁶, negócio comercial ou casa de comércio.

O texto do Código não utilizou nenhuma dessas expressões conhecidas doutrinariamente, limitando-se a denominar essa universalidade de fato como "estabelecimento".

4. CARACTERÍSTICAS

Da análise da natureza do estabelecimento destacamos as seguintes considerações:

- o estabelecimento é uma universalidade de fato, ou seja, uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária determinada pela vontade do empresário;
- o estabelecimento não tem personalidade jurídica, não sendo, portanto, sujeito de direito;
- o estabelecimento não é ente despersonalizado, característica das universalidades de direito;

4. *Fonds de Commerce* é a expressão utilizada pelos franceses.

5. Expressão oriunda da influência do direito italiano.

6. Renomados autores fazem distinção entre fundo de comércio e estabelecimento comercial. Por exemplo, temos o italiano Ercole Vidare para quem o fundo de comércio representa o complexo do ativo e do passivo, dos direitos e obrigações pertinentes a um negócio ou estabelecimento mercantil, ao passo que o estabelecimento representa o lugar onde o comerciante exerce o comércio e administra os seus negócios [ALMEIDA, Amador Paes de. *Locação Comercial*. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 3]. Contudo, os doutrinadores pátrios consideram os termos sinônimos.

- o estabelecimento integra o patrimônio do empresário, com ele não se confundindo;
- o estabelecimento difere também da atividade econômica explorada (empresa);
- o estabelecimento é mero instrumento da atividade econômica (empresa) do empresário (empresário individual ou coletivo).

5. ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO

O estabelecimento é composto por um conjunto de bens heterogêneos, de natureza material e imaterial.

Os bens materiais correspondem às coisas corpóreas, que podem ser objeto de domínio, tais como as mercadorias, a mobília, os utensílios, os veículos, as máquinas, as instalações, etc.

Os bens imateriais são aqueles que não ocupam espaço no mundo físico, tendo existência ideal. São, principalmente, as criações intelectuais, as prestações decorrentes de direitos obrigacionais, as marcas, o título de estabelecimento, a insígnia, os privilégios industriais, os sinais e expressões de propaganda, o ponto comercial, entre outros.

6. ESTABELECIMENTO: OBJETO UNITÁRIO DE NEGÓCIO JURÍDICO

Como objeto de direito, o estabelecimento pode figurar em vários negócios jurídicos que tenham por desti-

nação a transferência de titularidade da esfera patrimonial de um sujeito para a de outro diferente, ou em que apenas ocorra a transferência do direito de uso ou de gozo a outrem.

Assim podemos citar as seguintes relações:

- negócios de alienação *inter vivos* a título oneroso (cessão ou trespasse, permuta, conferência em sociedade, dação em pagamento) ou a título gratuito (doação);
- negócios de alienação *mortis causa* (sucessão legítima ou testamentária)
- negócios de gestão para fim de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato, constituição de dote) ou de garantia (penhor)⁷.

7. ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO: TRESPASSE

Chama-se trespasse ou traspasso o contrato de compra e venda do estabelecimento empresarial através do qual ocorre a transferência de sua titularidade.

Esse contrato é muitas vezes conhecido no mundo empresarial através da expressão "passa-se o ponto".

Por esse contrato, o comerciante (trespasante) se obriga a transferir o domínio do complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial e o adquirente (trespasário) se obriga a pagar pela aquisição.

7 BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 206.

Segundo Carvalho de Mendonça⁹ a venda do estabelecimento como entidade unitária compreende todos os elementos que o integram principal ou acessoriamente. Abrange, assim, o aviamento, a clientela, o material, os utensílios, as máquinas, as mercadorias, as marcas de comércio, as patentes, a insígnia e os segredos de fabricação, salvo estipulação expressa em contrário.

Para que ocorra a perfeita produção de efeitos jurídicos em relação a terceiros quando da alienação, do arrendamento ou do usufruto do estabelecimento, a lei exige que o ato seja devidamente averbado no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Além dessa exigência, a eficácia desse negócio jurídico fica adstrita ao adimplemento dos credores do alienante ou, em não ocorrendo o pagamento, é necessário o consentimento daqueles na alienação, sem o qual o trespasse não poderá ser efetuado.

8. A RESPONSABILIDADE PELO PASSIVO

No trespasse o estabelecimento é transferido de forma integral e, assim sendo, o adquirente assume a responsabilidade perante os credores da empresa pelas dívidas existentes à data da alienação.

9 MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. VI, 2ª parte, p. 154 e 155.

O devedor primitivo, contudo, não se desonera completamente dos débitos, posto que, continua solidariamente obrigado pelo prazo de um ano pelos créditos vencidos contados da data de publicação do ato de arquivamento da alienação na Junta Comercial e para as demais dívidas a partir de seus respectivos vencimentos.

9. NÃO-REESTABELECIMENTO

Etimologicamente restabelecimento significa recuperar, estabelecer ou instituir de novo. Na linguagem jurídica é empregado para designar o reatamento ou o revigoramento do que se havia dissolvido ou terminado. É, pois, o retorno ou a volta ao estado ou à condição anterior, fixando-se, por ele, a manutenção da relação jurídica ou do vínculo jurídico que se romperá ou se desfizerá.

Desse modo, o restabelecimento não é mera continuação: é renovação, é restauração, revalidamento, revigoramento, em virtude de que o ato jurídico ou a relação jurídica, que perdera eficácia ou se extinguiu, volte a surtir os efeitos legais, prevalecendo na forma da lei¹⁰.

No caso mercantil temos que o restabelecimento seria o retorno à prática da atividade que fora alienada através do trespasse.

Todavia, o artigo 1147 dispõe de forma clara e ampla acerca da proibição do restabelecimento por um período de cinco anos subsequentes à transferência do estabelecimento ou pelo período de duração do contrato de arrendamento ou usufruto.

10 DE PLÁCIDO e SILVA, *Vocabulário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 4 p. 1371.

Diante do texto legal o empresário alienante não pode, salvo autorização expressa, antes do quinquênio abrir nova empresa, que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias seja idônea para desviar a clientela do estabelecimento transferido.

Ao alienante, portanto, é vedado fazer concorrência ao adquirente no prazo citado.

10. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Locação Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1964.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. A Empresa e seus problemas atuais. **Revista dos Tribunais**, a. 60, v. 432, p. 11-22, out. 1971.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

DE PLÁCIDO e SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 4.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção Impediente do Novo Estabelecimento. **Revista de Direito Mercantil**, a. XXXVI, v. 110, p. 231-240, abr./jun. 1998.

MENDONÇA, Carvalho de J. X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1963. v. V, 1ª parte.

_____. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, 2ª parte.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. O trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento. **Revista dos Tribunais**, a. 90. v. 792. p. 116-128, out. 2001.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2.

_____. **Da Concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1980.

A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Natália Assis Melo

Advogada, professora da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e estudante do segundo período da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DA CONCESSÃO MERCANTIL OU DISTRIBUIÇÃO. 3. TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL: "DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO". 4. A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Tem especial importância o estudo do contrato de concessão mercantil, que se revela uma das formas comumente utilizadas pelos comerciantes para delegar a outro os encargos com o escoamento dos produtos, melhor dedicando-se a sua atividade primária. Assim também a representação comercial autônoma, ou agência, a comissão, o mandato mercantil e a franquia. A essa classe de contratos convencionou-se denominar **distribuição lato sensu**¹ ou, como o faz Fábio Ulhoa Coelho², **contratos de colaboração**.

¹ HOCSMAN, Heriberto. *Contrato de concessão comercial*. Buenos Aires: La Rocca, 1994. p. 37.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 418.

Waldirio Bulgarelli³ destaca a tendência em criar verdadeiras redes de distribuição; e prossegue, lembrando que as empresas adotaram novas técnicas, principalmente, procurando descartar-se das implicações trabalhistas de certos agentes, cuja dependência era manifesta, e optaram por credenciar empresas autônomas, às quais impõem suas condições, que, ao rompimento do contrato, acarretam, via de regra, grandes prejuízos às distribuidoras (concessionárias, representantes, agentes, ou que nome tenham).

Convém esclarecer, por oportuno, a terminologia empregada. Isso porque o novo Código Civil, Lei n.º 10.406/02, com vigência a partir de janeiro de 2003, tratou dos contratos de concessão mercantil e de representação comercial autônoma, respectivamente sob as denominações contrato de distribuição e de agência.

Ocorre que esse tratamento pelo novo código não foi interpretado uniformemente pela doutrina. Isoladamente e sem qualquer explicação, Requião⁴, seguido de Bulgarelli⁵, entendiam, já antes da promulgação da Lei n.º 10.406/02, que a distribuição prevista no Projeto nada teria a ver com a concessão comercial.

A postura mais acertada, defendida pelos mais modernos comercialistas⁶, é a que identifica aquelas figuras contratuais. Contudo, na análise do tema, não será de todo descartada a posição divergente.

3 BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 446.

4 REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 7, p. 40, 1972.

5 BULGARELLI, Waldirio. *Op. cit.*, p. 450.

6 GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 374/379; COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 427; BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 99; HOCSMAN, Heriberto. *Op. cit.*, p. 37.

2. DA CONCESSÃO MERCANTIL OU DISTRIBUIÇÃO

A concessão mercantil consiste, no conceito que nos é dado por Guyénot,

*na atribuição de um monopólio de exclusividade de vendas a comerciantes escolhidos pelo produtor para fazê-los participar de um sistema de comercialização de seus produtos*⁷.

Orlando Gomes, à semelhança, conceitua-a como

*a revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área*⁸.

Não se confunde com um mero contrato de compra e venda, que é de execução instantânea, enquanto a concessão mercantil é contrato de prestação continuada. Aproximam-se porque ambos envolvem a compra para posterior revenda. Requião⁹ explica ser a compra e venda mercantil o núcleo inicial, a pedra angular, sobre a qual se edifica a disciplina do contrato de concessão, que se apresenta evidentemente mais complexo.

Difere também do contrato de fornecimento, porque, como diz Requião,

7 GUYÉNOT, Jean apud OLIVEIRA, A. Gonçalves. *Concessão comercial* – representação

– revenda de automóveis

– rompimento do contrato com o concessionário

– indenização.

Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 62, v. 457, p. 45, nov. 1973.

8 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 374.

9 REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 25.

o concedente não se limita a entregar, como o fornecedor, a coisa vendida, mas também se obriga a fornecer as peças de reposição, com as quais o concessionário vai atender à clientela após a venda. Geralmente, além disso, o concedente fornece-lhe os meios de formação técnica de mão-de-obra. O que interessa, sobretudo ao concedente, ao nomear o seu concessionário, é que este adquirindo as mercadorias se comprometa perante a clientela a assisti-la pós-venda, assegurando, assim, o prestígio da marca¹⁰.

E mais, fiscaliza a atuação do concessionário, diferentemente do que há no simples contrato de fornecimento.

Franceschelli o qualifica como contrato não solene, consensual, comutativo, bilateral e oneroso. Geralmente se apresenta sob a forma de contrato de adesão.

Quanto à exclusividade, não obstante sua presença nos conceitos apresentados, Franceschelli¹¹ e Hocsmann¹², à frente da melhor doutrina, têm-na como elemento accidental do contrato de concessão mercantil.

Essa espécie contratual, tão corrente na prática mercantil, não tinha, até 1979, nenhuma regulamentação legal. Veio, enfim, diploma especial (Lei n.º 6.729, de 28 de novembro de 1979), dispendo acerca da concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, permanecendo o contrato de concessão mercantil, contudo, sem esquema normativo típico de caráter geral¹³.

10 REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 27.

11 FRANCESCHELLI, Riemu apud REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 28.

12 HOCSMAN, Heriberto. *Op. cit.*, p. 77.

13 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 374.

3. TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL: "DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO"

O novo Código Civil dispõe, no Capítulo XII do Título VI, acerca da **agência e distribuição**, conceituando-os, no art. 710, da seguinte maneira:

Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

O artigo seguinte prevê, à luz da melhor doutrina, a facultatividade da cláusula de exclusividade, estabelecendo que, no silêncio das partes, presume-se a dupla exclusividade, isto é, nem o proponente pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente ou distribuidor, na mesma zona e com a mesma incumbência, nem pode este último nela assumir negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

Segue instituindo a obrigatoriedade da indenização diante de rescisão unilateral, sem justa causa e lesiva.

Conforme evidenciado no intróito, a doutrina mais atualizada entende que os contratos de agência e de distribuição não foram introduzidos no direito pátrio pelo novo Código Civil. São novas denominações a velhos institutos, respectivamente os contratos de representação comercial e de concessão mercantil.

O contrato de representação comercial, renomeado contrato de **agência** pelo novo código, à semelhança da legislação de outros países, como a Itália e a Colômbia¹⁴, é aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra¹⁵. Regula-o a Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que sofreu as alterações da Lei n.º 8.420/92. Com o advento do novo Código Civil, adotando-se a tese de que o contrato de agência (art. 710) se identifica com a representação comercial autônoma, ter-se-á derogada¹⁶ a Lei n.º 4.886/65, subsistindo tão-somente as regras que não contrariem o novel diploma.

Trata-se de uma atividade de intermediação entre o proponente e sua clientela. Essa não se liga contratualmente ao agente, mas diretamente ao proponente. A atividade do contratado consiste em agenciar propostas ou pedidos para transmiti-los ao contratante. Em princípio, portanto, a agência não importa mandato, apesar de nada impedir que as partes assim ajustem.

Semelhante a essa figura contratual é a **concessão mercantil**, mas que dela se distingue num ponto fundamental: a **disponibilidade** da coisa a ser negociada. Contrato atípico até a promulgação da Lei n.º 6.729/79, permaneceu a concessão mercantil carente de normas gerais até o advento do novo diploma civil, que a renomeou contrato de distribuição, expressão já consagrada no direito

14 BULGARELLI, Waldirio. *Op. cit.*, p. 504.

15 MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 327.

16 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

estrangeiro. Aliás, a denominação concessão mercantil de há muito era criticada, por uso indevido de expressão originária do direito público¹⁷.

Assim como no contrato de agência, encerra também uma função intermediadora, mas compreende, repita-se, a particularidade da disponibilidade sobre a coisa a ser negociada. Essa disponibilidade deve ser entendida como verdadeira compra para revenda e não mero poder físico.

Como vimos, não se confundem os contratos de agência e de distribuição. Ambos encerram a contratação de mediadores que atuam na distribuição dos produtos do proponente. Na agência, esses produtos permanecem na esfera de disposição do proponente, que se liga diretamente à clientela, cabendo ao agente uma comissão pelo agenciamento prestado. Na distribuição, contrariamente, os produtos são transferidos à esfera patrimonial do distribuidor, de modo que o cliente com ele contrata a aquisição da coisa, e não com o proponente. A remuneração que lhe advém não é uma comissão, mas o lucro proveniente da diferença entre o preço de compra e o preço de revenda.

Para aqueles que entendem não haver qualquer correspondência entre a distribuição prevista no novo código e a concessão mercantil, essa permaneceria privada de normas gerais, de modo que o aplicador do direito, para solver as questões que a envolvam, teria que continuar se valendo do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, ressalvada, evidentemente, a aplicação da Lei n.º 6.729/79 à concessão de veículos automotores de via terrestre.

17 BOITEUX, Fernando Netto. *Op. cit.*, p. 99.

Para a tese prevalente, contudo, a normatização do novo código ao contrato de distribuição aplica-se à concessão mercantil, porque dele se trata. A Lei n.º 10.406/02 teria o mérito de estabelecer normas gerais ao contrato de distribuição, de flagrante importância no direito comercial, e, assim, solver qualquer celeuma que lhe diga respeito. Veremos que infelizmente o objetivo não fora completamente alcançado.

4. A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO

A elucidação do direito aplicável ao contrato de distribuição mostra-se relevante na delimitação do âmbito normativo do contrato de distribuição, e, em especial, na pacificação das discussões em torno da indenização devida pela rescisão desmotivada desse contrato.

Os contratos de colaboração surgiram a partir da necessidade de transmitir a outrem os encargos com a distribuição dos produtos. As empresas deixam de, por si mesmas e por seus empregados, exercer essa função, passando a fazê-lo por intermédio de uma empresa autônoma. Bulgarelli¹⁸ realça, nessa delegação, a posição privilegiada dos proponentes, que detêm o produto e a marca, de modo a imporem condições que, ao rompimento do liame contratual, acarretam, normalmente, grandes prejuízos ao mediador.

Hoesman destaca, quanto a essa vulnerabilidade, o contrato de concessão de veículos automotores, no qual

la subordinación económica 'es total. El concesionario, por diferencia natural de fuerzas,

18 BULGARELLI, Waldrio. Op. cit., p. 446.

*no estará en condiciones de sostener una disputa comercial con el concedente*¹⁹.

O contrato de concessão mercantil, de um modo geral, espelha a submissão do concessionário a condições, muitas vezes leoninas, impostas pelo concedente.

*Esta circunstancia no es ignorada por los magistrados, y de presentarse una situación abusiva, será corregida como tantas otras, propugnando por nuestra parte que las sanciones sean de magnitud suficiente para invitar a los operadores del mercado a no incurrir en el pésimo negocio de usar indebidamente estos poderes*²⁰.

Imperativo de justiça, portanto, restabelecer o equilíbrio entre as partes, minimizando a vulnerabilidade dos agentes e dos distribuidores.

Quanto ao representante comercial autônomo, ora denominado agente, a Lei n.º 4.886/65 traz normas que, inspiradas declaradamente nas normas de proteção ao trabalhador, visam a sua proteção.

Ocorre que o distribuidor também sofre os prejuízos do rompimento contratual precoce e desmotivado. Dúvidas surgiram a respeito da obrigatoriedade de indenizar, bem como da apuração do *quantum* devido. Quais normas lhe seriam aplicáveis? Esses questionamentos ensejaram inúmeros embates judiciais, que tiveram de ser solvidos,

19 HOESMAN, Heriberto. Op. cit., p. 74.

20 Idem, p. 75.

por não haver, até então, normas gerais que o regulassem, através da aplicação do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com o novo diploma civil, o panorama apresentado pode ser alterado, conforme se adote uma ou outra tese a respeito do contrato de agência e distribuição. Vejamos, primeiramente, como a doutrina e a jurisprudência solviam essa questão e, em seguida, passemos a analisar o comportamento do aplicador do direito conforme adote uma ou outra postura.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira, pronunciando-se a respeito do RE 95052²¹, reproduziu diversos trechos do acórdão proferido pelo TJRS, contra o qual se insurgiu a empresa concedente. O v. acórdão, com apoio em brilhante e exaustivo voto do Desembargador Cristiano Graef Júnior, a que não faltou erudita incursão pela doutrina estrangeira, considerou devida a indenização pleiteada. E o fez com sustentáculo, dentre outros, nos seguintes argumentos:

Diante do exposto, reputo provado o prejuízo decorrente da ruptura do velho contrato, e atento ao disposto no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto n.º 4.657/48 – que impõe ao juiz o dever de, na omissão da lei, decidir o caso submetido a julgamento de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito; considerando a situação de inferioridade a que estão sujeitos os concessionários dos

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 95052/RS. Primeira Turma. Relator Ministro Néri da Silveira. DJ 05/09/86, PG 15834.

contratos de concessão de vendas com exclusividade, inobstante a sua aparente independência jurídica; considerando que o Direito Positivo Brasileiro repudia abusos do poder econômico, regulando a sua repressão (Lei 4.137/62, Lei 1.521, também de 1962, art. 2.º, VIII); considerando que, de um certo modo, constitui abuso do poder econômico, exercido não contra o consumidor mas contra o concessionário, submetê-lo à brusca e desmotivada ruptura do contrato de concessão; considerando que, ao dar aviso insuficiente para evitar prejuízos à concessionária, a apelada deixou de cumprir, pelo modo e no tempo devidos, esta obrigação, insita da convenção que a ela o ligava e incidindo no dever de indenizar, previsto no art. 1.056 do Código Civil, para os contratos em geral; (...); considerando que a Lei 4.886/65, que regula a atividade dos representantes comerciais autônomos, atividade análoga à da concessionária, impõe ao representado o dever de indenizar ao representante no caso de denúncia sem causa justificada (art. 34); (...).

O Ministério Público opinou pela indenização, acrescentando que, mesmo que se refutem item por item os argumentos suscitados, não se pode deixar de indenizar, sob pena de enriquecimento ilícito proporcionado à nova revendedora por ato direto do concedente.

A obrigatoriedade da indenização, apesar de não expressa em lei, é irrefutável, restando definir os critérios utilizados para fins de quantificação do ressarcimento.

A Lei n.º 4.886/65, em princípio, não pode ser utilizada para esse fim. Mesmo reconhecida a similitude com o contrato de agência, como o fez o acórdão proferido pelo TJRS, para fins de estabelecer a obrigatoriedade da indenização, não há como fazê-lo para fins de fixação do *quantum*. Isso porque a lei prevê uma indenização tarifada, em forma de percentagem sobre as comissões percebidas e, assim, não seria possível invocar-se analogicamente o preceito da indenização tarifada, para a fixação da indenização do concessionário injustiçado, cuja remuneração decorre do lucro auferido com a revenda, e não de comissões²².

Quanto à Lei n.º 6.729/79, não obstante a posição de Orlando Gomes²³ em estendê-la, por analogia, às outras relações entre produtores e distribuidores, o Superior Tribunal de Justiça²⁴ assumiu, acertadamente, tese oposta, entendendo que, por se tratar de uma regulamentação especialíssima, particularmente distinta do direito comum, não se pode estender a situações nele não previstas.

O Judiciário brasileiro, regra geral, tem se valido das normas gerais do direito comum atinentes aos contratos e sua inexecução, em especial dos arts. 1.056, 1.060 e 1.535, todos do Código Civil de 1916²⁵. A falta da concedente se resolverá em perdas e danos²⁶, apurados em sede de liquidação de sentença quando não os fixe a lei ou convenção das partes.

22 REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 41.

23 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 375.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 43329/SP, Agravo regimental no agravo de instrumento (1993/0026159-2). Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 16/05/94, PG 11766.

25 NAZO, Georgette Nacarato; MONTEIRO, Benjamin. Contrato de distribuição ou agência. Ajuste por prazo indeterminado, com rescisão unilateral por parte da empresa central, sem aviso prévio - perdas e danos decorrentes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 8-64, v. 475, p. 50, mai. 1975.

26 OLIVEIRA, A. Gonçalves. *Op. cit.*, p. 48.

Esse panorama, no entanto, com o advento do novo Código Civil, foi alterado, ressalvada a postura ultrapassada daqueles que afirmam não haver correspondência entre a distribuição do novo código e a concessão mercantil. Para eles, nada terá mudado, conservando-se todas as discussões e conclusões mencionadas anteriormente.

Se o novo código trouxe as normas gerais do contrato de concessão, como entende a melhor doutrina, o quadro apresentado já não será o mesmo. Senão vejamos.

A obrigatoriedade da indenização diante da rescisão unilateral, desmotivada e lesiva ao distribuidor, que antes era tácita, agora, pelo art. 715 do novo código, tornou-se expressa, ganhou imperatividade legal.

Também foi expressamente prevista a rescisão indireta, que ocorre quando o proponente reduz o atendimento das propostas até tornar antieconômica a continuação do contrato, constringendo o distribuidor a rescindi-lo. Há, nesse caso, igual dever de indenizar.

No que diz respeito à quantificação da indenização, o novo código não parece ter vindo pacificar o problema. Remete, nos arts. 718 e 721, a uma lei especial, que, no caso da distribuição, inexistente.

Para a agência, tem-se a Lei n.º 4.886/65, inextensível, contudo, ao contrato de distribuição, que tem características próprias, especialmente quanto ao sistema remuneratório do distribuidor, que se mostra dissonante com a indenização tarifada prevista por aquela lei.

Também a Lei n.º 6.729/79 não pode ser aplicada, por dizer respeito especificamente à concessão de veículos automotores de via terrestre, buscando atender a suas peculiaridades.

Essa lei especial referida pelo novo código, portanto, inexistente, ao menos por enquanto. E, até que ela seja editada, a solução continuará a mesma até então aplicada, qual seja, resolver-se a obrigação em perdas e danos, com a correspondente apuração do prejuízo.

Vale destacar que a compreensão desse prejuízo tem sido ampliada para abarcar, além das despesas com instalação, do estoque que permanece com o distribuidor e dos direitos trabalhistas dos empregados dispensados em razão da rescisão do contrato de distribuição, também o *goodwill*²⁷ do distribuidor, ou seja, a sua capacidade de angariar clientela cativa, que será aproveitada pelo proponente ou por novo distribuidor que ele venha a constituir.

5. CONCLUSÃO

A concessão mercantil mostrou-se de grande utilidade aos comerciantes, que descentralizam sua atuação, deferindo a outra empresa estranha a distribuição e colocação dos seus produtos no mercado consumidor.

Essa espécie contratual, tão corrente na prática mercantil, não tinha normatização de caráter geral, mas apenas as normas especiais da Lei 6.729/79, referentes à concessão de veículos automotores de via terrestre.

Apesar de haver vozes divergentes na doutrina, entende-se que o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/02) tratou da concessão mercantil, a que chamou distribuição.

27 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 6. ed. revisada e atualizada de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 97.

Dentre suas normas, o novo código impôs a obrigatoriedade da indenização em decorrência da rescisão desmotivada desse contrato, tornando imperativo o que já era reconhecido tacitamente. No que diz respeito à quantificação, contudo, o código não avançou. Remete o aplicador do direito a uma lei especial que não existe, o que o leva novamente ao direito comum. A nova regulamentação, nesse ponto, conduziu a mesma solução proposta em razão da atipicidade daquele contrato.

6. REFERÊNCIAS

BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. revisada e atualizada de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HOCSMAN, Heriberto. *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NAZO, Georgette Nacarato; MONTEIRO, Benjamin. Contrato de distribuição ou agência: Ajuste por prazo indeterminado, com resilição unilateral por parte da empresa centra, sem aviso prévio – perdas e danos decorrentes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 64, v. 475, p. 44-50, mai. 1975.

OLIVEIRA, A. Gonçalves. Concessão comercial – representação – revenda de automóveis – rompimento do contrato com o concessionário – indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 62, v. 457, p. 43-48, nov. 1973.

REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 7, p. 17-45, 1972.

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Civil da Comarca do Recife.
Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de
Pernambuco e da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco.
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Pressupondo como juiz natural para recebimento e processamento de uma determinada ação o juízo *a quo*, já que há ações que são originárias dos tribunais¹, a jurisdição – atuação estatal direcionadora do processo² – será exercida através de decisões interlocutórias, proferidas durante o debate processual, que “vão depurando o efeito de todas as questões acessórias, desembaraçando o processo de obstáculos”³, até que seja proferida sua sentença, ato que põe termo ao processo, ou, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, “o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo”⁴.

1 Como a ação rescisória e, em alguns casos, o mandado de segurança.

2 Observa CALAMANDREI. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 96, que para empreender o estudo de qualquer tema em direito processual, é essencial se partir da noção de jurisdição, como função do Estado que administra justiça por seus órgãos judiciais.

3 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Benedito Giacobini. Campinas: Red, 1999. p. 221.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 370.

É princípio assente da jurisdição o duplo grau, ou seja, todas as decisões proferidas na instância inferior estarão sujeitas à revisão pela superior instância – juízo *ad quem* –, com competência funcional para a rever ou a derogar, cabendo à parte legitimada e que tenha necessidade – parte vencida em relação à mesma decisão – interpor oportunamente o recurso adequado.

A adequação, interpretada juntamente com a singularidade, ambos pressupostos objetivos de admissibilidade dos recursos, estipulam que para cada tipo de decisão há um recurso e este deve ser adequado àquela decisão.

Por sua vez, essas decisões interlocutórias podem ter conteúdo de mero deferimento ou indeferimento de produção de uma determinada prova ou de juntada de um documento específico, como poderá configurar uma tutela liminar, seja ela preventiva – de cunho cautelar – ou antecipatória do próprio mérito – de cunho satisfativo.

Essas liminares serão concedidas, ou negadas, nos processos cautelar ou de conhecimento, respectivamente, sendo que na primeira hipótese se busca tão-somente a prevenção da efetividade do processo principal de conhecimento ou executivo, ante ameaça de lesão a direito de boa aparência, enquanto que na segunda hipótese o que se procura é a satisfação liminar do próprio pedido meritório, ante comprovada lesão a direito e a plausibilidade de reconhecimento judicial desse direito quando da prolação da sentença, a denominada verossimilhança.

A liminar cautelar será concedida, ou negada, na ação cautelar, e a tutela antecipatória nos próprios autos da ação

de conhecimento, tramite ela por quaisquer dos procedimentos sumário, ordinário ou especial, seja *liminarmente*, sem ouvida da parte contrária, quando presentes elementos probatórios suficientes para tanto; *após justificação prévia*, quando necessária produção de prova testemunhal para análise dos fatos argumentados; *no curso da instrução* ou mesmo *quando da ocasião da prolação da sentença*, vindo o magistrado apenas a se convencer dos fatos naquela oportunidade do juízo não mais de verossimilitude, mas da própria certeza do direito em questão.

Esta última hipótese, concessão ou negação de liminar satisfativa em conjunto com a sentença, no mesmo corpo estrutural, embora aparente não ser de boa técnica, com o que não concordamos, já que ali se transmuda o convencimento do magistrado do mero juízo de probabilidade para o juízo de certeza, é plenamente possível, de fato ocorre e vem sendo admitida pela doutrina^{5,6}, cabendo se analisar qual a correta e eficaz adequação recursal ao caso posto, em atenção ao princípio da unirrecorribilidade.

Há apenas um corpo decisório, mas seu conteúdo é misto: há uma sentença e uma decisão interlocutória. Contra sentença, superados eventuais embargos declaratórios, cabe o recurso de apelação, de regra recebida no duplo efeito, devolutivo – aquele que devolve ao tribunal o poder de revisar a decisão – e suspensivo – aquele que além de devolver o

⁵ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 67, admite a concessão da tutela antecipatória quando da prolação da sentença, pois para o julgador a prova inequívoca pode ter sido apresentada apenas na fase de julgamento, revelando-se injusto fazer a parte aguardar o julgamento do recurso recebido no duplo efeito.

⁶ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 25, observam que, nesta hipótese, os recursos interpostos impugnaram duas partes distintas do ato decisório, cabendo para cada uma o respectivo recurso.

poder de revisar ao tribunal, suspende o cumprimento da decisão –, ressalvadas as hipóteses do art. 520 do CPC, quando o recurso de apelação será recebido apenas no efeito devolutivo, não impedindo aqui a execução do julgado.

Por outra banda, a decisão interlocutória proferida pelo juízo *a quo*, no caso a liminar, seja ela preventiva ou satisfativa, desafia o recurso de agravo, seja ele retido, especialmente nas decisões orais, proferidas em audiência, na forma simplificada prevista no art. 523 do CPC, constituindo um mero protesto que visa a evitar a preclusão, sendo recebido pelo próprio juiz que proferiu a decisão, no efeito tão-somente devolutivo; ou de instrumento, mediante procedimento complexo constante dos arts. 524 a 529 do CPC, sendo recebido por relator perante o tribunal ao qual estiver subordinado o juiz que proferiu aquela decisão, com efeito apenas devolutivo. Mas, ante a possibilidade de ocorrência de dano grave e de difícil reparação, poderá ser emprestado também o efeito suspensivo ao recurso, impedindo o cumprimento da liminar deferida, ou mesmo o efeito ativo, deferindo o cumprimento da liminar negada na inferior instância, conforme leciona Talamini⁷, ao apontar que “há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência”, provimento ratificado com a nova redação do art. 527 do CPC, em seu inciso III, decorrente da Lei nº 10.352/2001, que possibilita ao relator deferir, total ou parcialmente, a pretensão recursal em antecipação de tutela.

7 NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. p. 283.

Voltando à questão de fundo que se pretende enfrentar, novamente indagamos qual seria o desafio recursal adequado: a apelação, já que a decisão mais ampla e principal é a sentença? Ou a apelação em face da sentença e o agravo de instrumento em face da liminar interlocutória?

Entendemos que deveremos analisar, de início, quais as consequências processuais decorrentes de cada uma dessas decisões e da interposição de cada um dos recursos acima nominados, para que possamos chegar a uma conclusão tecnicamente adequada e eficaz.

Consideremos a concessão ou negativa da liminar *initio litis* ou mesmo no curso do processo, porém, antes da sentença. Inegável, nesse caso, que a decisão desafiaria o recurso de agravo de instrumento, única modalidade que poderia atacar a decisão monocrática através da imediata atuação da superior instância, conferindo-se o efeito suspensivo em relação à liminar eventualmente deferida ou o efeito ativo àquela porventura indeferida.

Num caso ou noutro, prolatada a sentença, tal decisão ensejaria a interposição do recurso de apelação pela parte legitimamente interessada, recurso esse que, com modificação introduzida pela Lei nº 10.352/2001, acrescentando o inc. VII ao art. 520 do CPC, ao contrário da regra anteriormente vigente do recebimento no duplo efeito – devolutivo e suspensivo –, que não tinha o condão de suspender a eficácia positiva ou negativa da liminar em referência⁸, uma vez deferida a liminar e reconhecido o direito objeto do pedido na sentença, aquela continuaria

8 BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. *Curso de direito processual civil conforme a jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 300.

eficaz mesmo diante do efeito suspensivo da apelação⁹. Agora, havendo ratificação da tutela antecipatória do mérito na sentença, a apelação será recepcionada tão-somente no efeito devolutivo, não impedindo a manutenção e cumprimento do provimento satisfativo.

Situação completamente diversa ocorre no caso em que a liminar eventualmente deferida seja revogada quando da sentença de improcedência da ação ou, quando ainda não apreciada durante o curso procedimental, venha a ser deferida ou indeferida apenas naquela oportunidade¹⁰, o que nem a reforma recente buscou solucionar, pois fala-se em "ratificação", não em "concessão", quando da prolação da sentença.

Em qualquer das hipóteses, a apreciação da liminar se verificará no mesmo ato decisório, envolvendo, num só corpo, a sentença e a decisão interlocutória, negativa ou positiva, hipótese já aventada por Chiovenda, embora não precisamente da forma abordada, apontando dúvidas sobre a apelabilidade das sentenças em parte definitivas, em parte interlocutórias¹¹.

Interposta apenas a apelação, seu recebimento em qualquer circunstância, com aplicação de efeito meramente devolutivo ou duplo, não modificará a decisão interlocutória liminar, devendo se aguardar a revisão no duplo grau de jurisdição, para se certificar da certeza das decisões da instância inferior, seja quanto à liminar, seja quanto ao próprio mérito.

9 NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza (Coord.), *ob. cit.*, p. 293.

10 *Idem*, p. 296.

11 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanò. Campinas: Bookseiter, 1998. v. III, p. 275.

Nas primeira e segunda das possibilidades, revogada ou negada a liminar na própria sentença, só a interposição concomitante do recurso de apelação, objetivando a reforma do julgado, e do agravo de instrumento, visando ao efeito ativo da liminar revogada ou indeferida naquele mesmo corpo decisório, ou, no caso segundo, concedida a liminar, buscando o efeito suspensivo em relação à decisão increspada, poderia a parte vencida fazer valer seu direito, sem que tal configure duplicação de recursos, senão ataque eficaz aos efeitos que decorrerão de cada uma dessas decisões.

Requerer ao juiz competente para receber a apelação, ou ao relator funcionalmente competente para processá-la, a reforma da decisão interlocutória liminar, nenhuma eficácia haveria, ante a demora procedimental que se afigura na tramitação processual seguinte – prazos, juntada de petições, subida dos autos, distribuição ao relator, conclusão.

A necessidade de manutenção ou revogação urgente da liminar estaria frustrada, podendo vir a causar lesões graves, de difícil ou impossível reparação à parte interessada processualmente falando, já que, exatamente visando a possível reversão do provimento liminar de natureza patrimonial, exige-se prestação de caução idônea para seu cumprimento.

Interpor medida cautelar nominada incidental seria outra possibilidade, em que se poderia requerer suspensividade da liminar deferida, porém, nesse caso, a interposição da ação seria dirigida ao mesmo juízo que proferiu a decisão mista, o qual já teve formada sua convicção contrária ao pleito, estando o feito ainda em tramitação perante a inferior instância, ou ao relator do

recurso de apelação (art. 800 do CPC), subindo o recurso ao tribunal competente, quando estaria fadada a apreciação urgente do pleito liminar aos procedimentos lentos, até que materialmente o processo chegue às suas mãos, inobstante, no caso de provimento tutelar satisfativo, não ser adequada a reapreciação de questão de mérito em sede cautelar.

A jurisprudência pátria não foge desse posicionamento, admitindo, embora com reservas, a interposição concomitante dos dois tipos de recursos contra a decisão de natureza mista proferida nos moldes acima expostos, senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DESCABIMENTO COMO SUCEDÂNEO DO RECURSO PRÓPRIO. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO QUANDO DA SENTENÇA. CABIMENTO. PRECEDENTES (V.G. RR. MM. SS. 1.167-BA, 6.012-SP E 6.693-SP). DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I - No sistema anterior à Lei nº 9.139/95, descabia, exceto em casos de abuso ou manifesta teratologia, a pretensão de atacar diretamente a decisão judicial pela via do writ, uma vez que o mandado de segurança contra ato judicial recorrível vinha sendo admitido, por construção doutrinário-jurisprudencial, para comunicar efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Com a referida lei, que deu nova redação ao art. 558, CPC, outra é a sistemática. II - Nos termos

do enunciado nº 267 da súmula/STF, reforçado após a Lei nº 9.139/95, que deu nova redação ao art. 558, CPC, "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". III - De acordo com precedente da Turma, e boa doutrina, a tutela antecipada pode ser concedida com a sentença¹².

TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido¹³.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. TUTELA ANTECIPADA. 1. A antecipação da tutela foi deferida, tão-somente, para efeito de manter a empresa autora na posse dos equipamentos descritos no contrato em tela, até a sentença neste feito ou decisão diversa do Juízo. Nessa hipótese, ao contrário do alegado pelo recorrente, não se tirou do réu a possibilidade do contraditório. Ante o adimplemento parcial do débito é pertinente a decisão que manteve a empresa na posse do bem. 2. Nos Acórdãos recorridos nada se discutiu a respeito da

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T4. REsp 299433/RJ, DOJ 04/02/2002, p. 381, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T4. REsp 279251/SP, DOJ 30/04/2001, p. 138, Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR.

existência, ou não, de prova inequívoca da alegação do autor. Impertinente, portanto, a invocação desse tema, em razão da ausência de prequestionamento. 3. Alegando a parte omissão no Acórdão e sendo rejeitados os embargos de declaração, deve o recorrente, no especial, veicular contrariedade ao artigo 535 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu na espécie. 4. Agravo regimental improvido¹⁴.

Vislumbramos, portanto, que, diferentemente da sentença que ratifica total ou parcialmente os efeitos da tutela antecipatória, cuja apelação será *hoy* recebida no efeito apenas devolutivo, no caso de decisão em que a tutela satisfativa for deferida juntamente com a sentença, constituindo uma decisão de natureza mista, só com a interposição simultânea do recurso apelatório ao juiz da causa, buscando a reforma meritória da sentença, e do agravo de instrumento ao juízo *ad quem*, aqui no intento do imediato efeito ativo, concessivo da liminar na instância revisora, ou suspensivo da liminar então deferida no juízo *a quo*, é que haveria efetividade na prestação jurisdicional, especialmente se diante de ameaça de lesão grave a direito aparente, acobertado preventivamente por caução idônea.

A recente reforma introduzida pela legislação supra referenciada inseriu no ordenamento processual civil pátrio algumas interessantes modificações, como o empréstimo apenas do efeito devolutivo ao recurso apelatório contra

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T3. REsp 149544/SP. T3. DJO 21/06/1999. P. 151. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes DIREITO.

sentença que ratifica concessão de tutela antecipada, ou a possibilidade de conversão do recurso de agravo de instrumento em retido, inc. II do art. 527, desobstruindo sobremaneira as pautas dos tribunais de recursos sem eficácia prática; em definir as ocasiões para início da fluência dos prazos recursais nos embargos infringentes, art. 498, ou, ainda, quanto aos casos de cabimento do denominado recurso necessário, em seu art. 475.

A reforma não vislumbrou, entretanto, a hipótese em exame, no tocante à situação na qual a tutela satisfativa é deferida juntamente com a sentença, algo de indiscutível sabença daqueles por ela responsáveis, até por se tratar de circunstância há muito admitida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

O modo eficiente na busca da suspensividade ou ativação dos efeitos da antecipação da tutela quando deferida, ou negada, concomitantemente com a sentença, foi assim o aspecto abordado, cabendo, na oportunidade de nova reforma, buscar-se uma melhor adequação de sua aplicabilidade prática ao texto processual, dirimindo definitivamente interpretações que venham a obstacular, ou mesmo dificultar, a pretensão legítima daquele interessado neste intento recursal.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barberly. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. III.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red, 1999.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. **Curso de direito processual civil conforme a jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 283.

AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET"

Thalles Figueiredo Soares da Silva
Advogado e aluno da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco,

SUMÁRIO

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET. 2. RELAÇÃO DE CONSUMO. 3. NORMAS AUTO-APLICÁVEIS DE DIREITO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO. 4. CONCLUSÕES. 5. REFERÊNCIAS.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A "INTERNET"

O Brasil possui atualmente oito milhões de internautas com a perspectiva de movimentar 2,7 bilhões no comércio eletrônico até 2003. Já existem 240 milhões de pessoas conectadas à rede no mundo inteiro, com uma frota de microcomputadores, no Brasil, perto de 11 milhões de unidades, sendo a "Internet" o setor líder na atração de investimentos estrangeiros na nação brasileira¹.

O sucesso dos negócios na rede de computadores é altamente promitente e vem atraindo de uma maneira fugaz empresas e empresários. Estudos concluem que a presença virtual pode significar a sobrevivência da própria empresa.

¹ RUCKER, Bernardo. *Responsabilidade do Provedor de Internet frente ao Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em www.jus.com.br, 2001, arquivo capturado em maio de 2001, p. 1. Acesso mai. 2001.

O consumidor tem no atrativo seu interesse maior: a redução do custo do produto, em média 15%. O fornecedor pode ter reduzidos em até 80% seus custos associados a estrutura e fornecimento do produto vendido².

Assim como a tecnologia digital e, principalmente, a vasta gama de informações que vêm sendo difundidas, trocadas e elaboradas em decorrência desse que se pode denominar do mais fabuloso meio de comunicação já criado pelo homem, surge ao direito a obrigação de, na mesma velocidade, acompanhar tão exorbitante evolução, preenchendo as lacunas necessárias, sem, todavia, afrontar o que a rede mundial de computadores tem de mais fascinante: a liberdade e a descentralização, elementos cruciais determinantes na sua desenfreada expansão e, porque não, sucesso.

Dessa forma, se ao direito cabe regular os negócios jurídicos de uma forma geral, cabe também acompanhar a genialidade humana, a fim de possibilitar uma garantia à população, e, em especial, à classe dos consumidores, à qual todos pertencem, em maior ou menor grau, ante situação de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência.

Depara-se, então, com a necessidade iminente de estudo e discussão do chamado Direito do ciberespaço, definido por Tarcísio Queiroz Cerqueira como:

... o conjunto de leis, regulamentações em geral e práticas contratuais de todos os tipos e níveis, que envolvem a utilização e funcionamento de redes de software e computadores. É também

² *Idem*, p. 1.

*chamado [direito online], debatido nos Estados Unidos desde 1985, com o objetivo de se estabelecerem regras para a comunicação. Os negócios e o uso em geral das redes de computadores.*³

Temas como a aplicação das normas comerciais e de consumo nas transações na "Internet", mais especificamente no tocante à responsabilidade perante o código do consumidor; a publicidade na "Internet" e a vulnerabilidade dos navegadores; os contratos *online*; o recebimento indesejado de mensagens por *e-mail* (SPam); a utilização da mensagem eletrônica e sua autenticidade nas relações comerciais e como meio de prova em juízo (assinatura digital); e a responsabilidade dos provedores de acesso à "Internet" têm relevância eminente e carecem de estudo aprofundado.

O presente artigo pretende abordar e delinear a questão referente à auto-aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos virtuais consubstanciadores de relações de consumo, analisando, em primeiro lugar, a relação de consumo em si.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO

- a) **Natureza Jurídica da Relação** - A relação de consumo, que segundo a professora Cláudia Lima Marques⁴ são "... Todas aquelas relações contratuais

³ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz, *Software: Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000. p. 235.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 98.

ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços..." está devidamente caracterizada no ambiente virtual, consoante se demonstrará a seguir.

Pelo artigo 2º do Código do Consumidor, tem-se que "... consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Sem sombra de dúvidas que está presente no ciberespaço o requisito principal para a configuração jurídica da relação de consumo, pois bens corpóreos e incorpóreos são consumidos pelo contratante através de contratos *online*, lembrando que, segundo a ilustrada Liliana Minardi Paesini:

... O conceito de produtos e serviços deve ser revisto para adaptar-se à 'Internet'. Uma música ou um livro, ainda hoje, constitui bem físico, mas, quando transmitidos pela 'Internet' numa compra eletrônica, transformam-se num serviço...⁵

Ainda que os bens adquiridos via contratos cibernéticos fossem repassados ou utilizados de outro modo como, por exemplo, para finalidades profissionais ou comerciais, numa aplicação da chamada teoria finalista, ainda assim figuraria o usuário como consumidor, posto ser impossível a fiscalização absoluta e o acompanhamento do destino dado a todos os benefícios e produtos retirados do acesso à rede mundial de computadores.

5 PAESINI, Liliana Minardi. *Direito e "Internet": Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos). p. 93.

Da mesma forma, a pessoa jurídica que transaciona virtualmente deve ser considerada consumidora, enquanto utiliza a rede para obtenção de bens. Não há como provar que a pessoa jurídica utiliza a "Internet" tão-somente com o objetivo de agregar os referidos bens à cadeia produtiva, única forma de admitirmos sua não-configuração na posição de consumidora.

O enquadramento daqueles que no universo *online* fornecem produtos ou prestam serviços está no art. 3º da Lei nº 8.018/1990:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da definição supramencionada, nenhuma incompatibilidade se apresenta com relação a sua aplicação analógica aos fornecedores virtuais, os quais não deixam de comportar tal qualificação no ciberespaço, apresentando apenas a peculiaridade de perfazerem transações via "Internet".

E o produto objeto do contrato eletrônico, ainda que apresente a possibilidade da imaterialidade (porém avaliável economicamente), também é abrangido pela Lei, ressaltando o fato já anteriormente frisado de que tais bens imateriais, ou seja, uma música ou livro transmitidos pela

“Internet” numa compra virtual são considerados serviços. Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno⁶:

... produto (entenda-se bens) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final...

Do exposto, resta configurada a relação de consumo nos contratos *online*, daí surgindo seus efeitos jurídicos, em especial a proteção aos internautas (usuários da rede mundial de computadores) ante os abusos que começam a ser constatados.

Percebe-se, assim, a plena incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos perfeitos no ciberespaço, consubstanciadores de típicas relações de consumo.

b) Vulnerabilidade e Hipossuficiência - Importante destacar uma característica presente na relação de consumo aqui analisada: o consumidor, nos contratos virtuais de consumo, é altamente hipossuficiente e vulnerável.

Tal vulnerabilidade, característica inerente a todos os consumidores, encontra-se presente na necessidade indiscutível de acesso à rede mundial de computadores. Também, na oferta indiscriminada, abundante e direta que usam os meios de publicidade, entrando diretamente na tela do computador do usuário, numa verdadeira pescaria de consumo.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 40

A hipossuficiência também encontra no ambiente virtual grande ancoradouro. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin⁷ define consumidor hipossuficiente como aqueles

... ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena e avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permita avaliar com adequação o produto ou o serviço que estão adquirindo...

e ainda:

... A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática...

Quando se fala em “Internet”, está-se falando em tecnologia de ponta, dominada por poucos; depara-se com a hipossuficiência dos navegadores normais, quer seja frente ao poderio econômico dos fornecedores virtuais, quer pela absoluta falta de esclarecimentos e conhecimento sobre as tecnologias, linguagens e o protocolo da rede.

Nessa linha, poucos são os que não se enquadram na condição de hipossuficientes, uma vez considerada a tecnologia e o desenvolvimento avassalador de proporções desmensuradas, que tomam a rede de computadores e o comércio virtual como um todo (*e-commerce, e-business, business to business*).

7 - *idem*, p. 300.

3. Normas Auto-aplicáveis de Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico

Neste momento do presente estudo demonstrar-se-ão algumas normas constantes do Código de Defesa do Consumidor auto-aplicáveis às transações eletrônicas de consumo, na medida em que a condição necessária à aplicação do citado Diploma Legal às relações negociais virtuais, consoante foi demonstrado anteriormente, encontra-se plenamente satisfeita, a saber, o enquadramento de uma das partes como consumidor (art. 2º da Lei nº 8078/80), que se trata de pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos, ou serviços como destinatário final, e a outra como fornecedor (art. 3º da mencionada Lei).

a) Quanto à Oferta - Conforme foi explicitado anteriormente, os meios de consumo na rede mundial são via *e-mail* ou oferta pública nos *sites* de produtos e serviços. Essas hipóteses serão propostas do empresário e deverão seguir o CDC, como a descrição detalhada do bem ou serviço, condições de pagamento, garantia, validade, riscos, etc., nos termos dos arts. 30 ao 35 do citado Código.

Especial atenção deve ser dispensada à questão da aplicação analógica do art. 33 do Código Consumista ao comércio eletrônico, que diz, *in verbis*:

... Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e o endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial...

Se os empresários da "Internet" quiserem antecipar o futuro e melhorar sua imagem, deverão seguir o preceito supramencionado.

b) Quanto à Publicidade - A "Internet", no tocante ao comércio, tem dupla finalidade: vitrine de produtos para venda direta e publicidade. Por isso, os arts. 36 ao 38 do CDC terão aplicação em todas as ofertas via "Internet". O art. 37, § 1º, por exemplo, diz ser

... enganosa qualquer modalidade de informação ao consumidor de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de gerar dívidas ou induzir em erro o consumidor...

c) Quanto às Práticas Abusivas - Nas vendas pela "Internet", não há como identificar a idade ou a condição mental do consumidor. Então, em vista do art. 39 do CDC, inciso IV, que diz, *in verbis*:

... prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços...

o empresário terá duas opções: ou cria mecanismo eficaz para identificar os consumidores menores e incapazes, o que seria muito difícil, ou oferece produtos e serviços de modo a garantir a compreensão de toda a sociedade. Uma possível solução seria alertar o consumidor da impossibilidade de contratação com incapazes.

d) **Quanto à Proteção Contratual** - Imperioso consignar que os dispositivos de proteção contratual, arts. 46 ao 54 do CDC, também terão aplicação plena. O art. 49, por exemplo, influenciará muito o comércio eletrônico, uma vez que esse sempre ocorre fora do estabelecimento comercial. O referido artigo confere ao consumidor, na hipótese de compra fora do estabelecimento, direito de arrependimento com devolução de tudo que foi pago em até sete dias a contar da assinatura ou recebimento do produto ou serviço.

Questão de suma importância para as relações comerciais cibernéticas diz respeito à data exata em que os citados sete dias serão contados, ou seja, em que momento o contrato é concluído e como se poderá auferir o dia do seu desfazimento, pois tal prazo é fatal para o cancelamento do negócio jurídico; segundo a lei, passados os sete dias, o acordo não poderá ser desfeito sem que seja aplicada uma penalidade civil para o descumprimento ou desistência.

Sobre o tema supramencionado, assim se pronuncia a sábia Angela Bittencourt Brasil, em seu artigo "Aplicação do Código do Consumidor na "Internet"⁸:

...Suponhamos que o computador do ofertante tenha quebrado ou tenha havido algum problema com a conexão do provedor.

É claro, estes obstáculos não podem ser base

para prejudicar o desistente e por isso entendemos que a melhor solução é considerar o 'e-mail' recebido quando há a descarga do arquivo no computador daquele a quem é feita a desistência, isto é, quando o provedor puder comprovar que o 'e-mail' foi enviado e recebido.

Assim, se alguém faz um pedido de compra no dia 1, ele tem até o dia 7 para enviar por 'e-mail' o seu arrependimento e mesmo que o vendedor só abra a sua caixa postal no dia 10, o negócio pode ser considerado desfeito...

Do exposto, pode-se concluir que, como ocorre nos contratos virtuais em geral, o que realmente importa para o desfazimento do acordo com base no art. 49 do CDC é o momento do descarregamento do *e-mail* no arquivo do computador daquele a quem é feita a desistência.

Vale ressaltar que o entendimento acima referido se aplica aos contratos virtuais perfeitos em tempo real, ou seja, inteiramente entre presentes como ocorre nos chamados *chats* (salas de conversação em que se trocam informações em tempo real).

No que pertine especificamente aos contratos de adesão, os empresários devem levar em conta que ao oferecer um produto ou serviço com contrato predeterminado, unilateralmente, como ocorre na maioria, deverão obedecer às limitações do CDC referentes aos mencionados negócios jurídicos, previstos no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de anulação do contrato. Dentre as referidas limitações têm-se: os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos

8. BRASIL, Angela Bittencourt. *Aplicação do Código do Consumidor na "Internet"*. Disponível em www.ut.br/http://www.ciberlex.adv.br, 2001. Acesso mai. 2001. p. 2.

claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (§ 3º, do art. 54, do CDC); as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (§ 4º do art. 54, do CDC). Para evitar esses tipos de obrigações, os empresários deverão discutir o conteúdo de todo contrato com os consumidores, para que seja descaracterizada a adesão, o que no ciberespaço, devido as suas dimensões mundiais, é impossível.

e) Quanto à Responsabilidade Civil – Neste tópico especial atenção será direcionada à questão da responsabilidade dos provedores de acesso a “Internet”, pelo papel de vulto que tais entidades representam para o desenvolvimento do comércio eletrônico, servindo tal análise como parâmetro para o delineamento da responsabilidade civil decorrente dos contratos virtuais de consumo, sendo antes perfeita uma análise acerca da auto-aplicabilidade do sistema geral da responsabilidade civil do CDC ao *e-commerce*.

O Código de Defesa do Consumidor, no Capítulo IV, seções II e III, disciplina, respectivamente, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

A responsabilidade por danos exige a ocorrência de três pressupostos: a) Defeito do produto; b) Evento danoso; c) Relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso. Enquadram-se neles os danos materiais e pessoais, decorrentes, por exemplo, de incêndio ou curto circuito provocado por defeito de um eletrodoméstico adquirido em alguma loja virtual; uso de medicamento nocivo à saúde comprado no ciberespaço, etc.

Quanto ao fornecimento de serviço defeituoso, vale, mais uma vez, ressaltar o fato de que bens transmitidos pela “Internet” numa compra eletrônica transformam-se num serviço.

Assim, pode-se elencar como hipótese de serviço defeituoso o de danos materiais e pessoais causados aos consumidores que adquirirem um livro eletrônico no ambiente virtual, pelo processo denominado *download*, junto com o qual existe um vírus que danifique ou mesmo inutilize seu computador; tem-se ainda a hipótese de serviço defeituoso oriundo dos provedores de acesso a “Internet”, dentre outros.

No que pertine às excludentes de responsabilidade previstas nos arts. 12, § 3º e 14, § 3º, ambos do CDC, têm eles plena aplicabilidade às transações eletrônicas de consumo, ressaltando o fato da inaplicabilidade da excludente de caso fortuito e força maior às relações eletrônicas de consumo, segundo Nelson Nery Júnior⁹:

... Fundada na teoria do risco da atividade, a responsabilidade objetiva do CDC não é compatível com causas de exclusão do dever de indenizar derivadas da culpa. O caso fortuito e a força maior excluem a culpa do agente, que é irrelevante para a fixação do dever de indenizar no CDC...

De qualquer maneira, faz-se mister explanar, como fez o ilustrado Adalberto Simão Filho¹⁰, que mesmo no

9. NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1358, nota 2 ao artigo 12 da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.

10. LUGCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) *Direito à “Internet” - aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 111-112.

ciberespaço deve o consumidor agir sempre dentro do espírito de boa-fé e transparência necessária para que obtenha resultados efetivos no campo patrimonial ou moral no caso de dano indenizável.

Assim, situações de má-fé exercitadas pelo consumidor em ambiente de "Internet" podem afastar o fornecedor da responsabilidade indenizatória. Como exemplo tem-se o fato do consumidor que, por qualquer motivo, previamente, sabia de uma ação de invasão sobre determinado *site*, com objetivos espúrios e, mesmo assim, se submete às operações naquele *site* com fins de sofrer efetivamente o dano para, após, buscar a indenização sob alegação de um ataque *hacker*.

Cumprе ressaltar o fato de que os prestadores de serviços e/ou fornecedores de bens em ambiente de "Internet" não são responsáveis pelos microcomputadores e programas utilizados pelos consumidores, a menos que em função de sua orientação quanto a requisitos de compatibilidade para o acesso à rede ou em função de sua escolha, quando o prestador de serviços e/ou fornecedor de bens em ambiente virtual fornecer os programas a dispositivos de acesso. A rede eletrônica, nesse particular, segundo Lilianna Minardi Paesini¹¹, é semelhante à rede elétrica, em que a responsabilidade da empresa concessionária é pela rede externa, e a responsabilidade dos usuários é pelas instalações domésticas. Essa separação, de acordo com a mencionada autora, é importante quando se trata de culpa concorrente, pois nesse caso deveria ser subtraído da indenização

11 PAESINI, Lilianna Minardi, *Op. Cit.*, p. 84-85.

devida pelo prestador de serviços e/ou fornecedor de bens no universo virtual o equivalente ao quinhão de responsabilidade atribuível ao consumidor.

Vale, por fim, explicitar a previsão legal contida no art. 17 do CDC que diz que, em se tratando de responsabilidade decorrente de acidentes de consumo, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento, assim, caso um livro eletrônico adquirido por um consumidor esteja contaminado por um vírus e ele, não sabendo desse fato, o remete a um terceiro, havendo em razão do referido vírus danos nos computadores do consumidor e do terceiro a quem foi remetido o livro eletrônico contaminado, esse, de acordo com o art. 17 do CDC, assumirá posição equivalente à do consumidor, podendo se valer do Código de Defesa do Consumidor para fins de ressarcimento dos danos sofridos.

No que pertine à responsabilidade por vício do produto ou serviço, os bens ou serviços fornecidos podem ser afetados por vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhe diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da mensagem publicitária, ressaltando o fato de que a garantia de adequação compõe o regime jurídico da responsabilidade do CDC (art. 24 do referido Diploma Legal).

Os vícios de qualidade ou quantidade dos bens ou serviços podem ser ocultos ou aparentes e deflagram mecanismos muito amplos, abrangentes e satisfatórios do que aqueles previstos no instituto dos vícios redibitórios (arts. 1.101 e seguintes do Código Civil brasileiro).

Os exemplos de vícios de qualidade decorrentes de relações virtuais de consumo de bens corpóreos, que tornam o produto impróprio ou inadequado ao fim a que se destina, em nada diferem dos referidos vícios originados das relações de consumo perfeitas fora do universo eletrônico, a saber: defeito do sistema de refrigeração, som ou imagem em aparelhos domésticos adquiridos em uma *virtual shop*, etc.

Como exemplo de vícios de qualidade decorrentes de relações eletrônicas de consumo de bens incorpóreos, que tornam os serviços impróprios ou inadequados aos fins a que se destinam, lembrando, por relevante, que os bens transmitidos virtualmente numa compra eletrônica transformam-se num serviço, assim: defeito em um livro eletrônico; defeito na prestação de serviço de acesso à "Internet" pelos diversos provedores, etc.

O consumidor, em razão da solidariedade passiva, tem direito de endereçar a reclamação ao fornecedor imediato do bem ou serviço, quer se trate do fabricante, produtor, importador, comerciante ou prestador de serviços, como também pode, querendo, acionar o comerciante e o fabricante do produto em litisconsórcio passivo.

Para evitar prejuízo ao consumidor com a demora que a denúncia da lide, como exercício do direito de regresso, acarretaria, o art. 88 do CDC veda expressamente o seu uso.

Do exposto acerca do regime da responsabilidade civil previsto no Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que o referido regime é o de responsabilidade objetiva, sem se indagar da culpa lesante. Está superada a

regra *actor incumbit probatio*. Agora, basta a prova do liame causal entre o evento danoso e o causador do dano, independentemente da existência de culpa. Constatado o dano e o liame causal, o fornecedor é obrigado a indenizar.

O advento da responsabilidade sem culpa é consectário direto do acesso do consumidor ao Judiciário, visto que imputar ao mesmo o ônus da prova numa realidade de produção e distribuição em massa, sofisticada tecnologicamente, é impedir a prova.

Por fim, consoante restou largamente explicitado, o regime da responsabilidade objetiva prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor é plenamente aplicável às transações eletrônicas de consumo, tanto de bens corpóreos quanto de bens incorpóreos.

Conforme fora comentado em linhas anteriores, adotar-se-á como parâmetro para o delineamento da Responsabilidade Civil decorrente dos contratos virtuais de consumo a responsabilidade dos provedores de acesso à "Internet", em razão do papel extremamente relevante que desempenham para o desenvolvimento do comércio eletrônico em todo o mundo, ressaltando a questão de que o regime da responsabilidade civil previsto do CDC é auto-aplicável aos contratos virtuais de consumo.

Segundo Bernardo Rücker, em seu artigo "Responsabilidade do Provedor de Internet frente ao Código do consumidor"¹², o contrato de prestação de serviços do provedor tem por objeto principal o acesso à "Internet", com ou sem licenciamento de programas, em caráter individualizado e contínuo, a título oneroso ou gratuito, por prazo determinado ou indeterminado.

¹² *Idem*, p. 2

Ainda de acordo com o mencionado autor, o referido contrato, dependendo do preço acordado e da amplitude da empresa, pode incluir os seguintes serviços:

- Acesso à rede de computadores, mediante protocolo TCP/IP, via *fax modem*, por intermédio de ligação telefônica, ou por cabo, incluindo aqui o acesso aos mais variados bancos de dados, com possibilidade de envio, cópia e gravação de arquivos de distintas naturezas;
- Serviço de correspondência eletrônica, mediante disponibilização de correio eletrônico e caixa postal, para comunicação entre usuários e entre os próprios contratantes;
- Locação de espaço para o alojamento de *home-pages*;
- Salas de bate-papo exclusivo;
- Acesso a bancos de dados específicos do provedor em áreas exclusivas sob sua responsabilidade, com disponibilização para cópia (*download*) no computador do usuário;
- Acesso a grupos de discussão, *news groups*, jogos, etc.;

Vale ressaltar que o contrato de prestação de serviços do provedor consubstancia um contrato de consumo, na medida em que se tem em um dos pólos da relação jurídica o consumidor (art. 2º da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990) e no outro o fornecedor (art. 3º da citada Lei); logo, todos contratos, mesmo que virtuais, sujeitam-se ao Código de Defesa do Consumidor em sua integralidade.

Do que se extrai do acima explanado, aplicam-se aos contratos de provedor de "Internet" todas as disposições previstas na Lei nº 8078/1990, principalmente no que tange à reparação dos danos.

É de claridade solar a responsabilidade oriunda das relações e produtos oferecidos pelo provedor ao usuário, de forma direta. Em outras palavras, o provedor de "Internet" responde por qualquer vício ou defeito no fornecimento dos serviços objeto do contrato como o gerenciamento da caixa postal, o fornecimento de programas, a lentidão nos acessos, a venda direta de *softwares* por parte do provedor, etc.

É a configuração típica da chamada responsabilidade contratual, inerentes às normas que tutelam os direitos do consumidor; logo, todas as normas da Lei de proteção ao consumidor são aqui aplicáveis aos abusos existentes nos contratos - formulários de serviços de provedor de "Internet".

Questão mais complexa, consoante o sábio Bernardo Rücker, é aquela que levanta a hipótese de responder o provedor de "Internet" por todas as transações e conteúdos ofertados por terceiros, dentro de uma responsabilidade extracontratual, que ultrapassa a gama de serviços e produtos por ele diretamente disponibilizados para consumo direto de seus serviços.

Tal análise se faz imprescindível para fins de melhor delineamento da responsabilidade contratual do provedor de acesso à "Internet", deparando-se com a necessidade de distinção, como fez o ilustrado Bernardo Rücker¹³, de duas classes de terceiros, para a respectiva delimitação da responsabilidade do provedor de "Internet", a saber, a responsabilidade do provedor por atos de terceiro com sua atividade relacionada e a responsabilidade do provedor por atos de terceiro com o qual não tenha qualquer relação.

13 Idem, p. 8-9.

No que tange à responsabilidade do provedor por terceiro com sua atividade relacionado, ensina o advogado Bernardo Rücker que se deve aplicar preceito previsto no parágrafo único do art. 7º do CDC às relações de consumo oriundas de serviços que envolvam de forma indireta os provedores de serviço de “Internet”, porém, de forma ponderada, sempre se analisando as peculiaridades do caso concreto, atentando-se para a efetiva possibilidade de controle por parte do servidor sobre as informações e idoneidade de seus anunciantes e contratantes.

De acordo com o notável Bernardo Rücker¹⁴, no que tange à responsabilidade do provedor por terceiro com o qual não tem qualquer relação, isto é, aquele que chega ao conhecimento do usuário não mediante anúncio, indicação ou outro meio de divulgação utilizado de forma direta ou indireta pelo provedor, mas, sim, através de outras fontes, cabendo a esse último, tão-somente a disponibilização ao usuário de acesso à rede mundial de computadores, não há como imputá-la ao mesmo, pois é apenas um intermediário técnico.

É humanamente impossível para um provedor de serviço saber tudo o que ocorre dentro de seu sistema, já que além de servir aos seus usuários, também serve de “pista” para a “Internet”.

Assim, utilizando-se como parâmetro para a análise da responsabilidade civil decorrente dos contratos virtuais de consumo a responsabilidade dos provedores de acesso à “Internet”, em razão do papel de vulto que desempenham

14 *Idem*, p. 10/12.

para o desenvolvimento do comércio eletrônico, restou provada a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor pátrio às transações eletrônicas de consumo, principalmente, no que pertine ao regime da responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, bastando ao consumidor virtual provar o liame causal entre o evento danoso e o causador do dano, independentemente da existência de culpa. Constatado o dano e o liame causal, o fornecedor eletrônico é obrigado a indenizar.

4. CONCLUSÕES

A proteção ao consumidor que, desde a década de sessenta, veio se ampliando consideravelmente em todo o mundo, não podia deixar de merecer especial atenção nessa matéria de comércio eletrônico.

A imensa maioria dos contratos firmados no ambiente virtual consubstanciam relação de consumo, pois nessas relações jurídicas virtuais têm-se em um dos pólos o consumidor (art. 2º da Lei 8078/1990) e no outro o fornecedor (art. 3º da referida Lei), atentando-se para o fato, já antes comentado, de que uma música ou um livro quando transmitidos pela “Internet”, numa compra eletrônica, transformam-se num serviço.

Assim, restou comprovado no presente estudo serem tais transações eletrônicas de consumo regidas pelo Código de Defesa do Consumidor pátrio, sendo o mesmo plenamente aplicável ao mundo virtual, feitas as necessárias adaptações hermenêuticas.

Ainda no que toca à auto-aplicação do mencionado Código aos negócios jurídicos virtuais de consumo, destacou-se que, em havendo danos decorrentes da inexecução dos referidos contratos, aplicar-se-ia o regime da responsabilidade civil previsto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, qual seja, o da responsabilidade civil objetiva, bastando a prova do dano e do liame causal entre o referido evento danoso e o causador do dano, independentemente da culpa; por outro lado, provou-se poder o fornecedor se utilizar das excludentes de responsabilidade presentes no CDC (art. 12, § 3º e art. 14, § 3º) ressaltando o fato de que o mesmo não poderá se valer das excludentes de caso fortuito e força maior, uma vez que, consoante já explanado, essas excluem a culpa do agente, que é irrelevante para a fixação do dever de indenizar no CDC.

No tocante à análise da responsabilidade civil decorrente dos contratos virtuais de consumo, utilizou-se como paradigma a responsabilidade dos provedores de acesso à rede das redes, em virtude do papel de extrema relevância que desempenham para o desenvolvimento do *e-commerce*, tendo-se estudado, inclusive, sua responsabilidade extracontratual ou aquiliana, para fins de melhor delineamento da responsabilidade contratual de tais entidades, demonstrando-se, assim, que a responsabilidade dos provedores pode ser delimitada de três formas diversas, a saber: responderiam pelos serviços disponibilizados de forma direta a seus usuários (responsabilidade contratual); responderiam de forma solidária pelos serviços disponibilizados de

forma indireta por terceiros com vínculo relativamente ao provedor e conseqüente participação dentro da relação de consumo, os quais o usuário do serviço acabou contratando; e não responderiam por terceiros sem qualquer ligação com o provedor dos serviços, por inexistir qualquer capacidade de controle do provedor sobre as informações e o conteúdo de todo material existente na "Internet".

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João B. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

AMARAL JÚNIOR, Adalberto do. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: RT, 1993.

BARROS LEÃES, Luiz G. P. **A responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto**, São Paulo: Saraiva, 1997.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **"Software": Lei, comércio, contratos e serviços de informática**. Rio de Janeiro: Eplanada, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Os Empresários e o Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da "Internet"**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, teoria das obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. São Paulo: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil - Direito das Obrigações (parte especial)**. São Paulo: Saraiva, 1999. (Seleção Sinopses Jurídicas, 6)

GRECO, Marco Aurélio. **"Internet" e direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. I.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). **Direito & "Internet" - aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. São Paulo: Forense, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica na Aplicação do Direito**. 15. ed. São Paulo: Forense, [s.d.].

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. I

NEGROPONTE, Nicholas. **A Vida Digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 01.08.1997. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

PAESINI, Liliana Minardi. **Direito e "Internet"**: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000 (Coleção Temas Jurídicos).

PARISI, Francesco. **II Contrato Concluso Mediante Computer**. Padova: CEDAM, 1997.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Dottrine Generali del Diritto Civile**. 8. ed. Napoli. Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1964.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III

PFAFFENBERGER, Brian. **Dicionário dos Usuários de Microcomputadores**. São Paulo: Macronbooks, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. (Série Forense, v. VI e I)

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Meios de Prova**. 2. ed. [s.l.]: Editora Ups, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Forense, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral dos Contratos**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

Artigos eletrônicos:

1. ALEXANDRE, Sílvio. **O ciberespaço**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1997. Acesso em dez. 1999.

2. BRANDÃO, Jorge. **A Técnica da Criptografia**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1999. Acesso em nov. 1999.

3. BRASIL, Angela Bittencourt. **Assinatura Digital**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1998. Acesso em out. 1999.

4. . **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na "Internet"**. Disponível em WWW.URL <http://www.ciberlex.com.br>, 2001. Acesso em mai. 2001.

5. CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **O Direito do Ciberespaço**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1998. Acesso em nov. 1999.

6. CORRÊA, Gustavo Testa. **A Lei e o Comércio Eletrônico**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1999. Acesso em dez. 1999.

7. HOESCHL, Hugo Cesar. **O Ciberespaço e o Direito**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br> 1999. Acesso em nov. 1999.
8. LUNA FILHO, Eury Pereira. **“Internet” no Brasil e o Direito e o Ciberespaço**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1998. Acesso em out. 1999.
9. NETO, José Henrique B. M. LIMA. **Aspectos jurídicos do documento eletrônico**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1997. Acesso em set. 1999.
10. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Responsabilidade Civil - A Evolução e seus Problemas Modernos**. Disponível em WWW.URL <http://www.conjur.com.br>, 2000. Acesso em mai. 2001.
11. RIBEIRO, Rodrigo Mendes Pinto. **Direito do Consumidor - A Responsabilidade Civil**. Disponível em WWW.URL <http://www.conjur.com.br>, 1999. Acesso em mai. 2001.
12. RÉGNER, Leonardo Medeiros. **Os Contratos Internacionais e a “Internet”**. Disponível em WWW.URL <http://www.bsi.com.br>, 2000. Acesso em mar. 2000.
13. REINALDO FILHO, Demócrito. **A questão da validade jurídica dos atos negociais por meios eletrônicos**. Disponível em WWW.URL <http://www.teiajuridica.com.br>, 1998. Acesso em out. 1999.
14. RIBAS, Javier. **Comercio “Electrónico” “en” “Internet”: Aspectos Jurídicos**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1999. Acesso em out. 1999.

15. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O Documento Eletrônico como Meio de Prova**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1999. Acesso em nov. 1999.
16. ROSELINO, José Eduardo. **Comércio Eletrônico: dimensões e perspectivas**. Disponível em WWW.URL <http://www.beje.decom.ufpe.br>, 1999. Acesso em dez. 1999.
17. ROSEMBERG, Geanne. **Disputa Reforça Dúvidas sobre Lei na “Internet”**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1998. Acesso em nov. 1999.
18. RÜCKER, Bernardo. **Responsabilidade do Provedor de “Internet” Frente ao Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 2001. Acesso em mai. 2001.
19. SABBATINI, Renato M. E. **Glossário da Geração Digital**. Disponível em WWW.URL <http://www.nib.unicamp.br>, 1996. Acesso em out. 1999.
20. SAKAMOTO, Marcos. **Direito das Gentes e a Informática**. Disponível em WWW.URL <http://www.teiajuridica.com.br>, 1996. Acesso em out. 1999.
21. SILVA, Rosana Ribeiro da. **Contratos Eletrônicos**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1997. Acesso em ago. 1999.
22. STUBER, Walter D; FRANCO, Ana Cristina. **“Internet” sob a Ótica Jurídica**. Disponível em WWW.URL <http://www.jus.com.br>, 1997. Acesso em nov. 1999.

23. TRUJILLO, Elcio. **O Mercosul e a Documentação Eletrônica**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1999. Acesso em dez. 1999.

24. XEXÉO, Geraldo. **Autenticação de Documentos Digitais por Sistemas Criptográficos de Chave Pública**. Disponível em WWW.URL <http://www.ccj.ufsc.br>, 1998. Acesso em set. 1999.

PRÁTICA

AMERPE
ESMAPE

SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

Antonio Vital de Moraes
Juiz de Direito

VISTOS ETC

M. da C. R. C. e S. e seu marido **I. de S. L. de C. e S.** ajuizaram a presente **AÇÃO DE ANULAÇÃO DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO cumulada com REINTEGRAÇÃO DE POSSE** contra o **MUNICÍPIO DE OLINDA e K. F. e Cia. Ltda.**, qualificados nos **autos do processo nº 4.814/92**, requerendo a juntada dos **autos de nº 3.139/91**, em que figuram, como expropriante, o **MUNICÍPIO DE OLINDA** e, na qualidade de expropriada, ainda não citada, **M. da C. R. de C. e S.**, cuja demanda foi distribuída em 26 de julho de 1985.

Alegam os autores que são proprietários e legítimos possuidores do imóvel desapropriando, situado na Praça do Carmo, nº 19, nesta cidade.

Sustentam que, **em 02 de julho de 1985**, pelo Decreto Municipal nº 035/85, foi declarado de utilidade pública, alegando-se urgência para a imissão de posse, dada a “premente necessidade da realização de serviços públicos essenciais”.

Afirmam que ali funcionava uma oficina mecânica, em regime de comodato. Tal fato fez com que o comodatário, A. L. R., no ano seguinte, **em 17 de outubro de 1986**, impetrasse um mandado de segurança, com decisão trântisa em julgado em **09 DE AGOSTO DE 1988**.

Somente no dia **22 DE SETEMBRO DE 1989** operou-se a imissão na posse daquele bem. Complementam os autores: mais de um ano – treze meses e treze dias – após o trântiso em julgado daquela decisão.

Mas, declaram os demandantes, apenas no mês de **NOVEMBRO DE 1991**, transcorridos um ano e dois meses da imissão de posse, o imóvel expropriando foi utilizado para a instalação de uma loja comercial, do segundo réu – **“B. K.”**.

Aduzem: o decreto expropriatório é inválido, pois a expressão genérica **“premente necessidade da realização de serviços públicos essenciais”** não se equipara à **“destinação específica do bem a ser expropriado”**, que é requisito do ato.

Transcrevem doutrina pertinente à matéria e alegam que a relação jurídica processual, que seria desencadeada pela AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, não se instaurou à mingua de citação, que é pressuposto de validade do processo.

Alegam, ainda, que o Município-réu não tem o título dominial do imóvel expropriando, nem a posse, eis que está sendo utilizado por pessoa jurídica de direito privado.

Enfim, argüem a nulidade insanável de todos os atos processuais pela falta de citação da ré-expropriada, M. da C. de C. e S.

Pedem a anulação de todos os atos processuais, invalidando-se os efeitos jurídicos, bem como a expedição

de mandado de reintegração de posse, haja vista a ilegítima ocupação do bem expropriando pelo segundo réu.

Requerem a citação dos réus e a reunião das ações por terem matéria em comum.

Instruíram a peça vestibular com a documentação de fls. 10 a 81.

Citados os demandados (fls. 86), tornando-se revel o litisconsorte passivo necessário, K. F. e Cia Ltda (fls. 89), instalado no imóvel expropriando.

Na resposta, o Município-réu argüiu as preliminares de carência da ação e inépcia da inicial, sustentando que, na hipótese de desvio de finalidade, como alegado, seria cabível apenas ação de retrocessão. E à falta de citação, sem a prática de ato posterior, não autoriza a anulação do processo. Também a ação de desapropriação foi proposta no mesmo mês e ano do respectivo decreto expropriatório, afastando-se a pretendida caducidade.

No mérito, alega o Município-réu, em síntese, o seguinte:

- que foi concedida liminar nos autos do mandado de segurança impetrado pelo comodatário do bem expropriando, sustando a imissão de posse provisória;
- que a imissão de posse independe de citação (artigo 15, §1º do Dec-lei nº 3.365/41);
- que a imissão de posse só ocorreu em **22 de setembro de 1989**, após o trântiso em julgado do aludido mandado de segurança;
- que a citação da ré-expropriada foi ordenada em **29 de julho de 1985**, não lhe sendo possível assumir a responsabilidade pela inexecução daquele ato processual;

- que a alegada urgência decorria da extrema necessidade de restaurar a fachada inicial do bem imóvel expropriando, para preservar as características de “patrimônio histórico da cidade (sic)”;
- que o imóvel desapropriando foi incluído no acervo da Fundação de Cultura, Turismo e Esporte de Olinda, quando da sua criação (fls. 98/99);
- que a firma K. F. e Cia Ltda, litisconsorte, foi a única pessoa jurídica de direito privado que demonstrou interesse, condições e concordância em investir no imóvel expropriando para restaurar as características e arquitetura iniciais do prédio;
- que a “Prefeitura resolveu locar o prédio à firma restauradora, com o compromisso de a mesma manter o prédio sempre limpo, conservado e aberto à visitação pública, o que hoje é uma realidade”;
- que o imóvel expropriando serve para **visitação DE TURISTAS** e operações comerciais (fls. 99);
- que no imóvel funcionava uma “oficina de conserto de veículos, onde a sujeira, o barulho e a insalubridade são uma constante, quando não os atos obscenos e os palavrões em abundância”;
- que ao Judiciário é defeso decidir se se verificaram ou não casos de utilidade pública (art. 9º do Dec-lei nº 3.365/41)”;
- que nenhum desvio de finalidade ocorreu;
- que o Prefeito pode formalizar a locação ou a cessão de prédios públicos;
- que “o prédio em questão passou a constituir o acervo de bens da municipalidade, inclusive mediante a posse provisória que, certamente, será confirmada na Ação de Desapropriação respectiva”;

- que à Fundação de Cultura, Turismo e Esporte de Olinda cabe decidir sobre a restauração, preservação e manutenção do imóvel expropriando;
- que a Fundação em conjunto com a Prefeitura “entendeu por bem locar o imóvel à litisconsorte passiva K. F. e Cia Ltda, em troca da restauração completa do prédio e sua manutenção;
- que “a Municipalidade conseguiu restaurar o prédio, conforme arquitetura original, e locou o imóvel para desenvolvimento do comércio local, com geração de empregos e impostos, com incremento do turismo e com certeza da manutenção do prédio em condições ordenadas e salubres”(fls.104/105);
- que ao Município cabe “decidir sobre a conveniência e pertinência da destinação prática-dinâmica efetiva do imóvel, já que mantida a **utilidade pública declarada no Decreto nº 035/85**”;
- que a “locação em destaque não tem fins lucrativos para o Município, como **comércio comum**, mas uma permuta de locação **por restauração do prédio**”.

Requeru o Município-réu o julgamento antecipado da lide, com a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou a total improcedência de ambas as ações. Instruiu a defesa com os documentos de fls. 107 a 277.

Houve réplica. Alegam os demandantes que o Município-réu invocou a preliminar de carência da ação fundado no art. 301, X, c/c o art. 295, I, e seu parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil, o que é inadmissível, pois a ação tem causa de pedir e pedido, sendo esse o resultado lógico da narração dos fatos: nulidade por falta de citação da ré-expropriada.

Referentemente à segunda preliminar, de inépcia da inicial, fulcrada no art. 295, I, e seu parágrafo único, III, do Código de Processo Civil, isto é, pedido juridicamente impossível, elidem-na os suplicantes com os seguintes argumentos: não se instaurou a relação processual e, *ipso facto*, nenhum ato poderia ser praticado; o Município-réu não promoveu a citação da ré-expropriada – ora autora – no decêndio legal, contado da prolação do despacho inaugural, nem requereu, no quinquêndio seguinte, a prorrogação do prazo citatório na forma prevista no art. 219, §1º e §2º, do aludido diploma.

No tocante à terceira preliminar, também de inépcia da inicial, sob o pálio do mesmo art. 295, parágrafo único, II, do CPC (da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão), rememoram os autores que a propositura da ação só produz, quanto ao réu (ré-expropriada), os efeitos mencionados no art. 219, depois que **FOR VALIDAMENTE CITADO**, como reza o art. 263, última parte desse Código.

Lembram os autores que o próprio Município suscitou a caducidade do ato expropriatório.

No mérito, destacam que, na defesa, foi dito o seguinte: “**a urgência do ato expropriatório era fruto da extrema necessidade de restauração do imóvel**”, que difere da ementa e do art. 2º do Decreto Municipal nº 035/85. E fazem a transcrição, como se observa nas linhas abaixo:

“...desapropria, por utilidade pública, bem imóvel para instalação de serviço público.

.....
Dada a premente necessidade de realização de serviços públicos essenciais...”(fls. 18)

Mas, aduzem os suplicantes, instalou-se uma “butique de luxo (sic)” por um particular.

Afastam, ainda na réplica, a hipótese de retrocessão, porque não se formou a angularidade da relação jurídica processual.

No respeitante à AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, apensada aos presentes autos, proposta em **26 de julho de 1985**, há irregularidade de representação, pois o mandato não tem a firma reconhecida, como determina o art. 38 do Código de Processo Civil (doc. 05), nem foi suprida a falha como estatuído no art. 13. A **19 de setembro de 1989**, juntou-se outro instrumento do mandato, com firma reconhecida, mas sem ratificar expressamente os atos anteriormente praticados (fls. 61 a 63v).

Formalizou-se o **AUTO DE IMISSÃO DE POSSE em 22 de setembro de 1989 (fls. 70)**, paralisando-se o feito, embora tenha o Oficial de Justiça certificado, sozinho, que a ré-expropriada não foi citada porque não mais residia no endereço constante do mandado, encontrando-se em local incerto e não sabido (fls. 74 e 75).

Autos contados e preparados.

É o relatório. Passo a decidir.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA

Corporifica-se o postulado inserto nos arts. 267, VI, e 301, X, do Código de Processo Civil, quando ausentes os requisitos objetivo (necessidade e utilidade da via judicial) e subjetivo (qualidade para agir de que deve estar investido o autor da ação).

Ora, do bojo dos autos extrai-se a certeza de que os autores, com a titularidade dominial, do imóvel

expropriando (fls. 11), e a resistência do Município-réu para assegurar a posse provisória transferida a outrem, demonstram a **pertinência subjetiva** do pólo ativo da relação processual, bem como a **necessidade e utilidade** da tutela jurisdicional para solucionar o litígio, nos precisos termos do art. 3º do Código de Processo Civil, c/c o art. 20, *in fine*, do DL 3.365/41.

O pedido é, em tese, juridicamente possível.

Conquanto tenha o Município-réu alegado a carência de ação respaldando-se no art. 301, X, c/c o art. 295, I, e parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil, é de se esclarecer que só se configura a inépcia da inicial quando verificadas as hipóteses elencadas no último dispositivo.

Logo, **carência de ação e inépcia da inicial** são situações absolutamente distintas. Basta uma leitura perfunctória, para efeito de comparação, dos arts. 267, VI, e 301, X, de um lado; de outro, arts. 267, I, 295, I, e seu parágrafo único, e art. 301, III, todos da lei adjetiva civil.

Portanto, rejeito a preliminar de carência de ação.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA

O art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, arrola os casos em que considera inepta a inicial. Ei-los:

- I – faltar pedido ou causa de pedir na inicial;
- II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- III – o pedido for juridicamente impossível;
- IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.

Às fls. 91/2, alega o Município-réu que, não tendo sido praticado qualquer outro ato no processo, a falta de

citação não tem qualquer efeito e, por isso, o pedido de anulação de todos os atos processuais carece de possibilidade jurídica. Sem razão, entretanto.

A citação válida constitui a “**certidão de nascimento**”, quanto ao réu, da relação jurídica processual, fazendo litigiosa a coisa em disputa (CPC, art. 219 c/c art. 263, parte final).

Possível é ao réu, que não foi chamado a juízo para se defender, apenas argüir a nulidade, que poderá ser decretada (CPC, arts. 213 e 214, §2º).

Resvala o Município-réu quando alega que incorreu a caducidade da desapropriação posto que menção, nesse sentido, não fizeram os autores (fls. 92 a 95 e 282/283).

Em conseqüência, repilo as duas preliminares de inépcia da inicial com fundamento no art. 295, parágrafo único, incisos II e III, do CPC.

AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO Nº 3.139/91 **PROCURAÇÃO PARTICULAR SEM A FIRMA** **RECONHECIDA:**

– O instrumento de mandato de fls. 05, em desconformidade com o disposto no art. 38, do CPC, evidencia a irregularidade de representação, que não foi sanada, a teor dos arts. 13 e 284, parágrafo único, do aludido diploma legal.

É bem de ver que o processo de desapropriação inadmite suspensão (Dec-lei nº 3.365/41, arts. 13 e 21 – v. RTFR 111/5 e RT 541/243, *apud* Theotônio Negrão, CPC, 20ª edição, p. 651, Ed. Rev. dos Tribunais).

Independentemente do defeito de representação, deferiu-se a imissão na posse do imóvel expropriando (fls. 10 e verso).

Por outro lado, o requerimento de fls. 61/62, instruído com o mandato de fls. 63, que não confere poderes para ratificar atos pretéritos, desserve à convalidação da procuração de fls. 05, em que se preteriu formalidade essencial à sua validade – firma reconhecida do mandante.

Logo, o requerimento de citação da ré-expropriada deveria ter sido reiterado por ser requisito da inicial (CPC, 282, VII) que repousa numa procuração viciada.

MANDADO DE IMISSÃO DE POSSE E CITAÇÃO NÃO RECOLHIDO AOS AUTOS: - Às fls. 10v e 15v, certificou-se a expedição e o desentranhamento desse mandado, porém só foi acostado aos autos o **AUTO DE IMISSÃO DE POSSE** (fls. 70).

Intimado o Oficial de Justiça, J. L. P. do N., declarou-se surpreendido haja vista que entregara o MANDADO juntamente com o AUTO DE IMISSÃO DE POSSE em Cartório, nada justificando a desanexação de ambos (fls. 71 a 75).

A certidão lançada no MANDADO DE IMISSÃO DE POSSE E CITAÇÃO, reproduzida às fls. 74/75, declara que a citanda (ré-expropriada) encontrava-se em **lugar incerto e não sabido**.

NULIDADE DE CERTIDÃO: - A citação gravita na órbita do formalismo absoluto. Preconiza o art. 247 do CPC:

“Art. 247. As **citações** e as intimações **serão nulas**, quando feitas sem observância das prescrições legais.”

Na lei especial das desapropriações (DL 3.365/41) vige o seguinte preceito:

“Art. 18. A **citação far-se-á por edital se o citando não for conhecido, ou estiver em lugar ignorado, incerto ou inacessível ou, ainda, no estrangeiro, o que DOIS OFICIAIS do juízo CERTIFICARÃO”**

A regra linhas acima consignada disciplina, simultaneamente, a **citação** e a **certidão válidas**, dada a relação de conseqüência lógica (Dec-lei nº 3.365/41, arts. 13 e 42; CPC, art. 247; Código Civil, art. 145, III e V).

E a certidão foi exarada apenas por um **OFICIAL do juízo**. Há, inegavelmente, um defeito. Nesse caso, vale o magistério de PONTES DE MIRANDA:

Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há primeiro, de ser desfeito”(in *Tratado das Ações*, IV, p. 42/43, §149,7).

Feita a certidão, sem observância das prescrições legais, há de ser desfeita. É o que se deduz dos arestos abaixo transcritos:

*Citação edital – Ausência atestada apenas por um **OFICIAL DE JUSTIÇA – NULIDADE – Aplicação do art. 18 do Decreto lei nº 3.365/41. Para a citação edital, nos processos de desapropriação, é necessário que a **CERTIDÃO** seja passada por **DOIS OFICIAIS DE JUSTIÇA**. (RT 173/848)***

*Citação edital – Inadmissibilidade de seu deferimento à simples afirmação do autor de ser ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra o citando – NECESSIDADE DE VIR A CIRCUNSTÂNCIA **CERTIFICADA POR DOIS OFICIAIS DE JUSTIÇA** – Requisito descumprido – Processo anulado – Inteligência e aplicação do art. 18 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.” (RT 447/141)*

Vê-se que a certidão (fls. 74/75) não dá suporte para eventual requerimento de citação edital. Logo, o ato teria de ser repetido, pois, “os preceitos da lei expropriatória prevalecem, quando em conflito com os dispositivos gerais do Código de Processo Civil, o que se aplica no capítulo da **citação**, de modo claro”(JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, Comentários à Lei da Desapropriação, 2ª edição, 1991, p. 305, Ed. Forense).

AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE CITAÇÃO EDITAL: - O Município-expropriante, imitado na posse do imóvel expropriando, tomou conhecimento da **não realização da citação pessoal**, conforme o AUTO DE IMISSÃO DE POSSE e as informações do Oficial de Justiça (fls. **70,74 e 75**), mas não requereu a **citação por edital**.

“Sendo trilateral a relação processual, não se admite que possa ela ter seguimento sem a presença de um dos seus sujeitos.”(HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in SENTENÇA – Direito Processual ao Vivo – vol. 1, 2ª tiragem, 1992, p. 42, Ed. AIDE).

A citação válida constitui pressuposto processual. Do contrário, ou na sua falta, extingue-se o processo sem

juízo do mérito (CPC, arts. 219, 263, 267, IV, e 329; Decreto-lei nº 3.365/41, art. 19).

PARALISAÇÃO DO PROCESSO: - Formalizada a imissão na posse do bem expropriando, **em 22 de setembro de 1989**, nenhum ato endoprocessual foi realizado, mas, extraprocessualmente, transferiu-se a posse do imóvel para instalação de uma loja comercial, sem nenhuma finalidade pública.

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE Nº 4.814/92

O Município-réu, com fulcro no art. 5º, I, do Decreto-lei nº 3.365/41, declarou de utilidade pública o bem imóvel expropriando, em cujo Decreto Municipal nº 035/85 se lê a ementa:

“Desapropria, por utilidade pública, bem imóvel para instalação de serviço público.” (fls. 18/19 e 107/108).

A alínea “I”, do aludido dispositivo, disciplina a execução de planos de urbanização e reurbanização, como se infere do texto infratranscrito:

Art. 5º. CONSIDERAM-SE CASOS DE UTILIDADE PÚBLICA:

.....
I) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificadas ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais.

E no art. 2º, do Decreto nº 035/85, a seguinte disposição:

*Art. 2º. Dada a premente necessidade da **realização de SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**, fica declarada a **urgência**, para efeito de imissão na posse, nos termos do art. 15, do Decreto Lei 3.365.*

Desde logo se conclui que não se especificou a **destinação do imóvel expropriando**.

Na peça defensiva, o Município-réu alegou a inocorrência de **desvio de finalidade**, pois o imóvel foi alugado ao litisconsorte revel servindo para visitação de turistas e desenvolvimento do comércio local, com geração de empregos e impostos.

Claro, claríssimo demais que a indispensável **destinação** do imóvel expropriando não figurou no Decreto Municipal nº 035/85, porque não se afeiçoa a nenhuma das hipóteses capituladas como de utilidade pública (Dec-lei nº 3.365/41, artigo 5º, I).

E como se justifica a cláusula da “**premente necessidade da realização de serviços públicos essenciais**”? (Decreto Municipal nº 035/85, art. 2º)

Retenha-se: a imissão provisória na posse do imóvel expropriando foi efetivada em **22 de setembro de 1989**, enquanto que o ato declaratório da utilidade pública veio a lume no dia **02 de julho de 1985**, i. e., **quatro anos antes**.

O fato impeditivo da imissão provisória na posse, como alega o Município-réu, data de **28 de outubro de 1986**, de acordo com os documentos de fls. 116 e 35, respectivamente.

Disso resulta a inconsistência da alegada situação prevista no decreto expropriatório.

No período que medeia os meses de **julho/85 e outubro/86** (liminar suspendendo os efeitos da imissão provisória na posse), nenhum prejuízo foi alegado pelo Município-réu pela “**inexecução de serviços públicos essenciais**”.

*Ora, “**visitação de turistas, restauração da fachada inicial do prédio e exploração de atividade comercial**” não correspondem ou se equiparam à previsão expressa no Decreto Municipal nº 035/85. Di-lo melhor J. CRETELLA JÚNIOR:*

*Cabe, porém, ao Poder Judiciário verificar se, para a edição do decreto expropriatório, foi invocado algum dos casos a que se **condiciona a desapropriação (ESPECIFICIDADE)**. Isto, no entanto, é diferente de se indagar se o caso é ou não de utilidade pública, in genere. Indagando se o ato administrativo expropriatório **SE FUNDAMENTOU NUM DOS INCISOS LEGAIS QUE O PODIAM AUTORIZAR**, o Poder Judiciário não está invadindo o campo reservado à função administrativa, **JÁ QUE A ENUMERAÇÃO DA LEI É TAXATIVA** e não exemplificativa.(ob. cit., p. 240)*

Conseqüentemente, do cotejo entre condição indicada para a edição do ato declaratório de utilidade pública (**instalação de serviços públicos essenciais**) e os casos contemplados pelo art. 5º, I, do Dec-lei nº 3.365/41, emerge flagrante desalinho.

Sob o aspecto da legalidade, o ato administrativo expropriatório é eficaz quando a declaração é inatacável quanto a cada um de seus elementos constitutivos, a saber, **agente, objeto, forma, causa, motivo e fim** (J. CRETELLA JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 239).

O Decreto nº 035/85, **destituído de motivação**, não tem **objeto** lícito (Código Civil, arts. 81 e 82), pois que a desapropriação visa à transferência de direito de propriedade de particular para o domínio público.

A finalidade pública do bem expropriando é um imperativo da ordem jurídica. E o prédio, antes mesmo de ser constituída a relação jurídica processual, pela falta de diligência do Município-expropriante para a citação da ré-expropriada, ora autora, já foi ilegalmente alugado a um particular, revel, no presente feito, com o prazo de locação de 10 (dez) anos. E a sua destinação é **“única e exclusivamente para fins comerciais, não podendo em hipótese alguma ser utilizado para outros fins”** (fls. 119 a 122).

Já é visível o esboroar da declaração expropriatória, invalidada pela frágil estrutura dos elementos que a informam. Seu **objeto, motivo e fim** não se compatibilizam com o interesse público cristalizado no art. 5º, I, da Lei das desapropriações.

Incogitável, na espécie submissa, é a retrocessão. Essa teria lugar se operada fosse a **posse definitiva** com a transferência da propriedade para o Município-réu. Nesse sentido, dispõe DIÓGENES GASPARINI:

Com o pagamento da justa indenização o expropriante ou o promotor da desapropriação imite-se na posse definitiva do bem objeto da declaração expropriatória. Essa é a posse que acompanha a propriedade. Sobre a posse definitiva, Hely Lopes Meirelles (...) diz que esta só se dará após o pagamento integral do preço, conforme fixado no acordo ou na decisão judicial. Essa afirmação está afinada com o art. 29 da Lei Geral das Desapropriações, que prescreve: ‘Efetivado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á em favor do expropriante o mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil a transcrição no registro de imóveis. (Direito Administrativo, 2ª ed., 1992, Ed. Saraiva).

Fixado um ponto: o Município-réu, afrontando os cânones legais, cedeu a posse provisória do imóvel expropriando para um particular, revel neste feito.

Se, no ato declaratório de utilidade pública, não restou expressa a **DESTINAÇÃO ESPECÍFICA A SER DADA AO BEM**, então insusceptível de apreciação é o **“DESVIO DE FINALIDADE”**, pois a falta desse requisito fulmina de nulidade a medida expropriatória na sua origem. É o que se deduz do direito objetivo (CF, arts. 5º, II e XXIV, e 37; Dec-lei nº 3.365/41, art. 5º, I; Código Civil, art. 145, II).

Ao desamparo da cidadela jurídica, o ato administrativo, que gerou a ação de desapropriação, não pode produzir efeitos jurídicos válidos.

O administrador só pode fazer aquilo que a lei o autoriza. É o princípio da reserva legal.

O pedido de desapropriação do imóvel é juridicamente impossível porque não se ajusta às exigências do comando normativo, máxime do art. 5º, I, do Dec-lei nº 3.365/41. Observe-se:

*Para o exercício do direito de ação faz-se mister que o **PEDIDO** do autor exprima pretensão tutelada pelo direito objetivo. Se sua **PRETENSÃO**, abstratamente, **NÃO GOZAR DA TUTELA DO DIREITO OBJETIVO, O PEDIDO SERÁ JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL**" (WALDEMIR PINHEIRO BANJA, EM DEFESA DO RÉU, 1990, p. 52, 1º Lugar em Concurso de Monografias Jurídicas do Tribunal de Justiça de Pernambuco- destaquei e grifei).*

Somente por meio de ação direta pode ser atacado o ato declaratório de utilidade pública (Dec-lei nº 3.365/41, arts. 9º e 20).

As ações têm matéria em comum. Pede-se a transferência do imóvel para patrimônio público. Suplica-se a nulidade da medida expropriatória com manutenção do título dominial na esfera jurídica dos proprietários do bem.

Os autores requereram a reunião das ações sem objeção do Município-réu.

Urge, pois, o julgamento simultâneo das ações conforme estatui o art. 105 do Código de Processo Civil.

Tratando-se de **impossibilidade jurídica do pedido**, despiciendo seria conceder vista dos autos ao Município-

réu (expropriante) para sanção de vícios processuais (CPC, art. 249, § 2º).

No caso de **impossibilidade jurídica do pedido**

a inépcia da inicial pode ser reconhecida mesmo depois da contestação (STF – RT 636/188, RT 501/88, 612/80, RJTJESP 45/185, JTA 105/286, 107/415) e até em recurso especial (RJT 110/1.274) (THEOTONIO NEGRÃO, 20ª edição, art. 295, nota 7, p. 189, Ed. Rev. dos Tribunais).

Conseqüentemente, e considerando a diretriz insita no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, torno sem efeito o despacho concessivo de imissão de posse, eis que inválido é o suporte fático pela desproteção da tutela jurídica.

Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam (Código Civil, art. 158).

Os autores provaram que são proprietários do imóvel expropriando; que sofreram lesão possessória; que perderam totalmente a posse em **22 de setembro de 1989**, para o Município-réu, e, em **novembro de 1991**, para o litisconsorte revel K. F. e Cia Ltda; que nunca foram citados para o indeclinável exercício do direito de defesa (Código Civil, art. 505, *in fine*; CPC, art. 927; Súmula 487 do STF).

Isso posto, **julgo procedente o pedido** deduzido na inicial de fls. 2/9, dos autos de nº 4.814/92, para declarar a nulidade do ato declaratório da desapropriação do imóvel nº 19, da Praça do Carmo, nesta cidade, **por não especificar a sua destinação pública, servindo única e exclusivamente para fins comerciais (fls. 119 a 122)**, em desacordo com o art. 5º, I, do Dec-lei nº 3.365/41, bem como a anulação das medidas processuais dele emanadas.

Indefiro a petição inicial de fls. 2/4 dos autos de nº 3.139/91, declarando a sua **inépcia** pela **impossibilidade jurídica do pedido de desapropriação** do imóvel nº 19, da Praça do Carmo, nesta cidade, para a “**instalação de serviço público**”, que não se enfeixa em nenhum dos **casos considerados de utilidade pública** pelo art. 5º, I, do Dec-lei nº 3.365/41, **em que se fundamentou o Decreto nº 035/85**; e anulo o despacho que concedeu a imissão provisória de posse, consoante os termos dos arts. 267, I e VI, §3º, 295, I, parágrafo único, III, 301, III, e seu §4º, e 329, todos do Código de Processo Civil.

Expeça-se mandado de reintegração de posse dos autores, bem como alvará para que o Município-expropriante possa levantar a quantia depositada na conta nº 632.735/4, aberta em 30 de julho de 1985, na Agência Olinda, do Banco do Estado de Pernambuco S/A, em nome de M. da C. R. de C. e S. (fls. 11 e 12), à disposição do Juízo.

Condeno o Município-réu e o litisconsorte passivo, revel, **K. F. e Cia Ltda**, ao pagamento proporcional das custas e honorários advocatícios que arbitro à razão de 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa nos autos de nº 4.814/92.

Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição. Decorrido o prazo recursal, sem interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos imediatamente ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com as cautelas e formalidades legais.

P.R.I.

Olinda, 25 de janeiro de 1993

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PARECER.

Ives Gandra da Silva Martins,
Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

CONSULTA

Formula-me a Frente Parlamentar da Saúde consulta objetivando obter a correta interpretação do § 3º do artigo 199 da lei suprema, a partir da breve exegese que ofertei nos “Comentários à Constituição do Brasil – volume 8-p. 179/181, 2ª. ed., Ed. Saraiva”, para servir de base a projeto de lei que permita às empresas estrangeiras prestadoras de serviços de alta complexidade na área da saúde atuar no Brasil.

RESPOSTA

Antes de passar a responder à questão formulada, mister faz-se análise da técnica hermenêutica utilizada para exame de princípios e normas constitucionais, que difere daquele exame pertinente à legislação infraconstitucional.

É de se lembrar que a norma constitucional não tem senão na intenção do constituinte sua matriz primeira, ao contrário da legislação complementar ou ordinária, que deve ser compatível com o sistema conformado pela lei maior ¹.

O princípio, portanto, de que a “lei é mais inteligente que o legislador”, pois deve ser analisada à luz da ordem jurídica dominante e não apenas pelo prisma da intenção do seu elaborador, não é de todo aplicável à norma constitucional. Em relação a esta, no mais das vezes, “o constituinte é mais inteligente que a Constituição”, visto que, à falta de um antecedente legislativo, a vontade popular, representada pelo legislador supremo, nesta intenção está respeitada. Para a legislação infraconstitucional, o antecedente imediato é a Constituição. Para a Constituição, à falta de lei anterior, o antecedente imediato é a vontade do constituinte.

Não sem razão, Carlos Maximiliano lembra que a interpretação da lei suprema exige técnica diversa e instrumental de trabalho mais abrangente, por parte do exegeta, escrevendo que:

O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu

1 Na apresentação de nossos comentários à Constituição, Celso Bastos e eu, escrevemos: “Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos necessária uma amplitude maior em seu exame, uma vez que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.

Não se pode estudar o direito constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de determinado povo, com território e poder soberano para conduzi-lo” (Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. VII.)

conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional ².

2 **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 304.

Não há, pois, como desconhecer a motivação, a intenção do contribuinte, no plasmar, dar perfil, conformar a norma primeira, que, a meu ver, não é como Kelsen analisava uma “Norma fundamental” não escrita e anterior, mas pura e simplesmente a vontade do povo traduzida na intenção do constituinte³.

Um segundo aspecto é relevante para exame de qualquer princípio ou norma constitucional. É aquele que diz respeito ao condicionamento de sua eficácia à produção de legislação inferior. Tal matéria vem sendo objeto de intensa discussão entre doutrinadores, hoje prevalecendo a tese de que cabe ao legislador infraconstitucional apenas extrair o perfil da Constituição para explicitá-la, não tendo

3 Hans Kelsen esclarece: “La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, e valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica e la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più inconsciamente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono per questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso l'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva” (Lineamenti di dottrina pura del diritto, Piccola Biblioteca Einaudi, p. 98/99).

poder de criar hipóteses que já não estejam implicitamente previstas ou modificar os próprios princípios constitucionais.

Quando o legislador supremo declara que aquele princípio ou aquela norma serão aplicados “nos termos da lei”, não está delegando ao legislador ordinário o direito de criar como deseje as hipóteses de aplicação, mas, apenas, o de explicitar o que implicitamente contido está na Constituição. Em outras palavras, não é o constituinte que fica subordinado ao legislador ordinário que, se assim fosse, poderia alterar quantas vezes desejasse a própria Constituição. É o legislador ordinário que subordinado fica ao constituinte, não podendo senão reproduzir a formulação constitucional, tornando-a exequível.

O Ministro Moreira Alves, em duas palestras proferidas no Centro de Extensão Universitária, deixa claro que a lei é que deve estar conforme a Constituição, e não esta conforme a lei, mesmo nos casos em que o texto supremo outorgue ao legislador ordinário ou complementar o poder de conformar sua aplicação.

Disse, comentando Acórdão acerca de exegese de dispositivo constitucional veiculador de imunidade tributária:

Mas o Min. Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional”. Isso significava dizer o quê?

Dizer: “**Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição**” (grifos meus) ⁴.

E acrescentou, em outro Simpósio, o seguinte:

*E isto os Srs. observam, inclusive, com um desses problemas que se apresentam hoje nessas nossas quatro questões. Que é justamente aquele problema relativo à definição de certos conceitos de que se utiliza a Constituição, mesmo no terreno tributário. Assim, o questionamento sobre o conteúdo do conceito de renda e, conseqüentemente, sobre seu alcance, é um problema de natureza eminentemente constitucional. E é assim porque isso não pode ser deixado ao intérprete, quer seja o legislador ordinário, quer seja o complementar. **Não se interpreta a Constituição pela lei mas a lei é que é interpretada em face da Constituição.** Esse problema voltou à tona no STF, agora, nesse caso que agitou e quase moveu as massas no Brasil, que foi o caso do FGTS (grifos meus) ⁵.*

Um terceiro aspecto preambular é necessário considerar. Não poucas vezes, o constituinte utilizou-se da expressão “nos termos da lei”, mas algumas vezes, como no § 3º do

4 Pesquisas Tributárias, Nova Série 5, Processo Administrativo Tributário, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

5 Pesquisas Tributárias n. 7, Tributação na Internet, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

artigo 199, colocou “salvo nos casos previstos em lei”, quase sempre vinculando tal exceção a uma proibição.

Na primeira hipótese, cuida-se de norma constitucional de eficácia retida —por ser minha visão sobre a eficácia de normas constitucionais diversa daquela sustentada por José Afonso da Silva, autor que melhor formulou teoria tripartida sobre a mesma, não utilizarei a expressão “contida”, mas “retida”—, ou seja, a norma constitucional depende da lei para ganhar eficácia, não se confundindo com a eficácia das normas programáticas, cuja aplicação, eventual e futura, depende da configuração de situação político-institucional capaz de torná-la exequível ⁶.

As normas de eficácia retida são normas cuja eficácia plena depende da instrumentalização legislativa, cuja falta constitui o único obstáculo para sua plenitude, pois a configuração político-institucional já existe para sua promulgação. E poderão ser normas constitucionais de eficácia retida, positivas ou negativas.

A norma constitucional de eficácia retida positiva é aquela em que todas as condições de sua aplicabilidade já existem, mas sua eficácia depende, apenas, da lei conformadora. Exemplo típico é o do § 3º do artigo 192, assim redigido:

6 José Afonso da Silva escreve: “§ 5º Normas constitucionais de eficácia contida e proteção das situações subjetivas.

14. -Essas normas tutelam valores de alta relevância para os indivíduos. Traduzem elas uma limitação ao poder público em suas relações com os governados. Consubstanciam, como vimos, quase todas, os direitos fundamentais e democráticos do homem e as garantias a esses direitos.

15. -Os interesses aí protegidos constituem valores-meios do direito: segurança jurídica, ordem, certeza. A segurança de poder ir e vir sem ser molestado arbitrariamente. A certeza de que nosso lar não pode ser invadido, a não ser em casos especialíssimos autorizados pela própria Constituição. A segurança e a certeza de que seremos igualmente protegidos ou punidos pela lei. sem distinção de raça, cor ou situação social. A certeza de que, ferido um nosso direito, obteremos o pronunciamento jurisdicional a respeito, etc.

Porque tais interesses se revelam como valores importantes para a ordem social, as normas constitucionais oferecem instrumentos diretos à sua proteção: “habeas corpus”, mandado de segurança, direito de petição, etc.” (Aplicabilidade das normas constitucionais, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, São Paulo, p. 156).

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar;

que depende, ainda, de lei complementar, nos termos da ADIN 4/88, estando com sua eficácia —no meu entendimento— retida até a produção normativa. Sua interpretação é, comumente, de espectro abrangente. É ampla, sem restrições⁷.

Nas normas constitucionais negativas, que são de eficácia “plena”, quanto à proibição, e “retida”, quanto às exceções dependentes de lei, a interpretação é sempre restritiva, vale dizer, a delegação constitucional ao legislador ordinário para explicitá-la não pode ser feita com a amplitude que as normas constitucionais positivas possuem. Nas normas constitucionais positivas —comando para fazer— a regulação infraconstitucional é plena, nos limites da explicitação. Nas normas constitucionais negativas —

7 Na referida ADIN, consta de sua ementa o seguinte: “Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no “caput”, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. **Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do “caput”, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.** Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e o segundo determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional. Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos” (grifos meus) (**Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, a. 3, n. 12, p. 243/244.) (Jul/Set. 1995).

proibições de conduta—, a regulação excepcional é limitada às hipóteses possíveis, nos limites sempre de explicitação.

Dessa forma, nas normas constitucionais positivas, a eficácia retida pode ser exercida sem limites —a não ser naqueles impostos pelos espaços permitidos pelo comando supremo—, enquanto, nas normas constitucionais negativas, tal exercício apenas é possível a partir do aparecimento de hipóteses, a serem reguladas por lei, que implicitamente estiverem contidas na norma maior. Regra geral é a explicitação infraconstitucional das normas constitucionais positivas. Regra de exceção é a explicitação das normas constitucionais negativas⁸.

Colocadas tais premissas, passo a responder à única questão colocada pelos ilustres parlamentares consulentes.

Comentei, como disse no início, o § 3º do artigo 199 da C.F. da forma seguinte:

ARTIGO 199 § 3º

“É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei”.

8 Pinto Ferreira tem classificação própria sobre a eficácia das normas, que assim explica: “Considerando, porém, que há normas constitucionais não-emendáveis e com força paralisante total sobre as normas que lhes conflitam, como por exemplo, a forma republicana de governo e o federalismo de equilíbrio na Constituição norte-americana de 1787, ao lado de normas emendáveis de eficácia plena, propomos a seguinte classificação: a) normas constitucionais de eficácia absoluta, não emendáveis; h) normas constitucionais de eficácia plena, constitucionalmente emendáveis; c) normas constitucionais de eficácia contida; d) normas constitucionais de eficácia limitada (como as programáticas)” (**Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29).

O § 3º exterioriza a mesma linha de preconceitos ideológicos do § 2º e de nacionalismo próprio de país subdesenvolvido. Lembra o “slogan” que os comunistas lançaram, na campanha de Ledo Fiúza para a presidência da República, em 1946, e que se tornou centro das atenções das esquerdas, a partir de então, que dizia “o petróleo é nosso”. Os constituintes estabeleceram idêntico princípio. Pelo § 3º do artigo 199, a “Saúde é nossa”, devendo libertar-se da “maléfica influência” do capital externo nesta área.

Como o dispositivo fala em participação direta ou indireta do capital estrangeiro, a norma não pode deixar de produzir certa perplexidade pois é de se lembrar que a grande maioria dos medicamentos é estrangeira. Ora, cada vez que um hospital estatal adquire um medicamento estrangeiro ou fabricado por laboratório nacional controlado por empresa estrangeira, está havendo uma participação indireta do capital estrangeiro na assistência à saúde do país, o que é, evidentemente, desejável para que a população receba terapêutica ou seja protegida de moléstias com o que há de mais moderno na ciência médica e nos medicamentos desenvolvidos fora do país.

O que aconteceria com os doentes da “Aids”, se não pudessem ter acesso aos coquetéis de drogas desenvolvidas fora do país, se a “ignorância

xenofóbica” dos constituintes fosse respeitada? Ao adquirir tais medicamentos o governo automaticamente está permitindo a participação indireta de capitais estrangeiros na assistência à saúde. E que falar dos medicamentos para a cura do câncer?

É bem verdade que o constituinte abriu uma exceção, ao determinar que nos “casos previstos em lei” tal participação é possível.

Aprópria redação é infeliz. Ao dizer “salvo nos casos previstos em lei” admite uma “exceção restritiva”, visto que, para cada caso admitido, deveria haver uma lei especial, o que tornaria extremamente burocrática a instrumentalização das ressalvas, em casos em que a participação fosse admitida.

O certo é que a insensatez do dispositivo tem sido contornada pelo bom senso dos governos que têm ofertado interpretação elástica ao dispositivo, assim como considerando desnecessária a produção de norma para cada caso, sobre admitir que as regras gerais do direito econômico, explícita e implicitamente, permitam tal participação, principalmente no que concerne à aquisição de medicamentos.

Nada obstante a flexibilização das exceções, não se pode deixar de lamentar o princípio estabelecido pelo constituinte, que representa lamentável retorno a ultrapassada visão⁹.

9 Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 179-181.

Nada obstante as observações que fiz ao dispositivo —de resto, na linha de algumas críticas de editoriais de grandes jornais— o certo é que a intenção do constituinte pode ser entendida como de dupla natureza, a saber:

- a) não permitir que o capital estrangeiro explorasse a saúde no país, com intuítos exclusivamente lucrativos;
- b) não proibir sua presença no país, sempre que sua colaboração fosse no interesse da nação ¹⁰.

Com os dois parâmetros, claramente, sinalizou o constituinte o domínio do Estado e do capital nacional na exploração do setor de saúde no país, mas admitiu a presença de capitais estrangeiros sempre que sua colaboração - principalmente nos serviços de alta complexidade - acrescentasse melhoras tecnológicas, formas de atendimento mais moderno aos pacientes brasileiros, devendo o legislador ordinário detectar tais hipóteses e produzir a legislação pertinente.

Não houvesse a exceção e o Brasil poderia estar alijado das mais modernas tecnologias para atendimento à saúde, sempre que não conseguisse que o Estado ou grupos

10 Lê-se no "O Estado de São Paulo", em editorial de 9/3/1995: "A solução intermediária a que se estaria chegando -impedir a entrada de empresas para construir e administrar hospitais, mas consentir no ingresso de empresas de seguro-saúde— é um paliativo que apenas serve ou aos nacionalistas ou aos interesses que temem ser contrariados. Que diferença há em que as comunidades portuguesa, israelita e sírio-libanesa tenham construído hospitais gerais de porte, ou que a comunidade síria tenha construído, pioneiramente, o Hospital do Coração, e uma empresa estrangeira faça o mesmo? A soberania foi ou será ameaçada? Ou o SUS correu risco de desaparecer com a concorrência dos hospitais gerais ou especiais a que nos referimos? O Presidente Fernando Henrique Cardoso deve estar atento às pressões que se exercem para manter o "statu quo" no sistema hospitalar. Elas militam contra pobres, remediados e ricos".

privados nacionais tivessem acesso ao avanço científico, reduzindo a qualidade desse serviço essencial ao povo ¹¹.

Ora, exatamente para evitar que tal ocorresse é que houve por bem, o constituinte, abrir a exceção no final do discurso legislativo superior, objetivando garantir e permitir:

- a) exploração da área da saúde por capitais nacionais;
- b) exploração, por capitais estrangeiros, de áreas em que o capital nacional ou a tecnologia do país sejam insuficientes. E, neste caso, dever-se-á fazer por lei.

Na linha político-constitucional de valorização dos interesses nacionais e do controle do sistema por empreendedores nacionais, sempre que o Estado não der total cobertura para prestação de um bom e moderno serviço de saúde, e os interesses privados nacionais sejam insuficientes —essa foi a "intentio constitutionis"— é possível atuação de empresas internacionais. Basta que a lei detecte tais áreas de insuficiência tecnológica ou de capitais para adequado atendimento ao público, a atuação do capital estrangeiro é permitida para que a saúde nacional não seja de forma alguma prejudicada, por falta de recursos financeiros ou de técnicas para atender aos anseios nacionais.

11 O Senador Júlio Campos em 27/7/1995 escreveu: "Igualmente, não resiste à menor análise o argumento de que os hospitais públicos ou conveniados com o SUS deixariam de existir pela concorrência externa. Afinal, sua clientela é a população pobre, que a eles continuaria acorrendo. Da mesma maneira, não se pode afirmar com segurança que, eliminada a reserva e aberto o mercado, milhões de dólares seriam investidos na construção de hospitais sofisticados voltados para o atendimento da minoria abastada dos brasileiros —aliás, se isso ocorresse, também não representaria qualquer prejuízo para a nação.

Na verdade, nada permite dizer que o dinheiro estrangeiro a ser aplicado em hospitais destinar-se-á a estabelecimentos de grande porte e de tecnologia de ponta. É bem possível que estudos de viabilidade econômica recomendem a criação de hospitais de médio porte, com tecnologia adequada, em regiões hoje desprovidas de casas de saúde" (Folha de São Paulo, Opinião).

A exceção, sabiamente aberta pelo constituinte, permitiu que, na filosofia de preservação do controle nacional e de utilização de recursos nacionais, não viesse a ser prejudicado o atendimento à população do Brasil pela vedação absoluta à presença de capitais estrangeiros na assistência à saúde¹².

Sendo esta a clara intenção do constituinte, expressa em duas regras só aparentemente conflitantes, mas de rigor complementares (vedação e permissão excepcional), só se pode interpretar o § 3º do artigo 199 como uma norma de eficácia plena, na vedação, e de eficácia retida — dependente de lei — na permissão, justificada sempre que, em áreas de complexidade técnica e de necessidade de equipamentos modernos ou conhecimentos médicos de superior qualidade, houvesse necessidade da presença do capital estrangeiro para desenvolvê-las ou completar os serviços insuficientemente prestados pelo Estado ou pelos capitais nacionais¹³.

O “salvo nos casos previstos em lei” é de se entender salvo as áreas em que a exploração com recursos exclusivamente nacionais seja insuficiente. E é interessante

12 Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta, com indiscutível severidade, o § 3º do artigo 199: “Reserva de Mercado. Está aqui uma deslavada reserva de mercado que contraria a índole do sistema econômico adotado. Não se vê qualquer justificativa para ela. Será que a doença, como o petróleo, é “nossa”?”

Mas a norma é inútil, já que a parte final permite à lei desconhecer essa reserva” (grifos meus) (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 228).

13 José Cretella Jr., na mesma dura crítica aos constituintes, comenta o § 3º do artigo 199, dizendo: “Do mesmo modo, salvo os casos previstos em lei, é proibida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País.”

Não obstante a ressalva da parte final da regra jurídica constitucional, entendemos ser absurda a vedação. Que mal haveria que capitais estrangeiros fossem investidos, mesmo com intuito de lucro, no País, para implantar hospitais, cujos serviços fossem mais em conta do que os pagos aos hospitais brasileiros?” (**Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4365.)

que qualquer lei que venha a ser elaborada no sentido de outorgar permissão deve exteriorizar tal filosofia impressa no § 3º do artigo 199.

Considero, pois, respondendo, agora, à questão formulada pelos eminentes parlamentares, que se justifica a apresentação de projeto de lei, objetivando abrir para o capital externo a colaboração para prestação de serviços de reconhecida e alta complexidade, na área de saúde.

Restaria a questão de saber se a lei deveria ser exaustiva, enumerando, caso a caso, as atividades de alta complexidade, ou se poderia definir o que seja serviço de alta complexidade, com o que as empresas que se enquadrassem na definição teriam sua permissão concedida.

Estou convencido de que a segunda solução é a correta. Quando o constituinte fala em “casos previstos em lei” não está a exigir uma lista exaustiva e que se tornaria sempre obsoleta, por mais que novas leis fossem produzindo listas também exaustivas, em face da evolução rápida e cada vez mais sofisticada, nos serviços de prestação de saúde¹⁴.

14 Santi Romano, ao estudar os métodos de interpretação do direito constitucional, esclarece: “No âmbito do direito constitucional as leis, com freqüência, — são insuficientes, mas, mesmo quando tal não ocorre, falam por proposições esparsas e apartadas, segundo ocasionais oportunidades, e muitas vezes por sinais. Os seus conceitos, se todavia explícitos, são quase sempre fragmentados, contingentes sob determinados pontos-de- vista, ocasionais e empíricos, sendo mister, em todo caso, remontar a conceitos e princípios mais altos, mais gerais, mais harmônicos, de maneira a abranger também, aqueles que nas leis estão simplesmente implícitos ou os que dele constituem o pressuposto ou base. Isto quer dizer que de todos estes conceitos e princípios é preciso elaborar uma teoria, que deverá corresponder à realidade, não do jurista individualmente, porém da própria ordenação jurídica; que deverá além disso servir à prática, mas que será, todavia, sempre uma teoria. E assim, com um processo de generalização sempre crescente, cada um dos princípios ou cada uma das disposições se ajuntam e se integram nos esquemas lógicos dos vários “institutos”, ou seja, nas diversas figuras ou atitudes que assume a ordenação jurídica em direção aos diversos escopos que pretende alcançar. Ulteriormente, estes institutos se reaproximam em grupos, consoante os pontos de contacto, as afinidades, as analogias que apresentam constituindo famílias. E, finalmente, estas diversas partes reúnem-se num sistema que representa a visão completa e unitária de toda ordenação, da qual foi examinado cada um dos aspectos. Nesta última e sintética operação culmina o trabalho do jurista, revela-se a potência de sua intuição, o esmero, a “prudência” daquele seu senso especial que se denomina “senso jurídico”, a habilidade de sua técnica, obtendo-se a prova da exatidão de suas precedentes análises e sínteses parciais, as quais devem se conciliar e harmonizar com a suprema” (grifos meus) (**Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: RT, 1997. p. 25-26.)

O avanço, na ciência médica e na biologia e nas técnicas e equipamentos para preservação da saúde é cada vez mais intenso, rápido e estimulante. Se a interpretação literal exigisse que cada caso específico fosse enunciado em lei, teria que haver um arsenal de novas leis, sempre que novas técnicas, de impossível exploração por capital nacional, fossem descobertas e devessem ser implantadas no país.

Por essa razão, é que me parece que a única interpretação possível, sistemática e de não obsolescência do Direito, para casos de alta complexidade e alta tecnologia é a segunda interpretação, que permite a definição do que seja alta complexidade e alta tecnologia, a justificar a participação de capitais estrangeiros na prestação de serviços¹⁵.

A expressão "salvo nos casos previstos em lei", deve ser lida como "nos casos de alta complexidade e alta tecnologia", permitindo maior perenidade à lei, ou seja, impedindo que se torne insuficiente e obsoleta, de forma a poder atender ao principal desiderato do constituinte, que é o de ofertar a melhor assistência à saúde possível à população brasileira.

Respondo, pois, ao único quesito da consulente, que não só é constitucional, mas de interesse nacional a lei que pretende abrir, para os casos de alta tecnologia e alta complexidade, a área da saúde a capitais estrangeiros.

15 Caio Mário da Silva Pereira ensina: "Interpretar não é tão-somente contentar-se com o que a **letra** da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma. Por isso mesmo já o romano sentenciava que "**scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem**".

E precisamente por ser a hermenêutica a arte de rebuscar aquele sentido vivo do preceito, é que a interpretação realiza a vivência permanente da disposição legal por um tempo que largamente se distancia do momento em que nasce"(**Instituições de Direito Civil**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 135-136).

E mais do que formalmente constitucional, o é materialmente, na medida que preenche a clara intenção do constituinte para, nessas hipóteses, receber a colaboração estrangeira no atendimento dos interesses da população brasileira quanto aos serviços de saúde.

S.M.J.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2002.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 15



ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
ADA PELLEGRINI		
• <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</i>	12	25
ADEILDO NUNES		
• <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
ADONIS COSTA E SILVA		
• <i>DIREITO COMUNITÁRIO FISCAL: APONTAMENTOS PARA UM DIREITO DA HARMONIZAÇÃO FISCAL NO SÉCULO XXI.</i>	15	19
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.</i>	04	499
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• <i>A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.</i>	03	13
• <i>TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.</i>	04	15
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA		
• <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i>	07	17
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPONSABILIDADE CIVIL</i>		

	Núm.	p.
<i>POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.</i>	09	407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL		
• <i>PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.</i>	03	23
• <i>UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.</i>	06	17
• <i>LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.</i>	09	69
• <i>DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.</i>	10	43
ALEXANDRE DA MAIA		
• <i>INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.</i>	03	43
• <i>AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.</i>	09	39
• <i>O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.</i>	10	25
ALEXANDRE DE MORAES		
• <i>REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO</i>	12	45
• <i>LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO</i>	14	21
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA		
• <i>MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.</i>	07	29
ALYSSON CAMILO		
• <i>INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM FACE DA ESTRUTURA PRINCÍPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGORANTE</i>	14	39

	Núm.	p.
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO		
• <i>ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.</i>	03	63
ALVINO AUGUSTO DE SÁ		
• <i>ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</i>	11	25
AMADOR PAES DE ALMEIDA		
• <i>AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS</i>	13	21
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES		
• <i>EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.</i>	05	17
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO		
• <i>A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.</i>	09	99
ANA LUIZA WANDERLEY DE MESQUITA		
• <i>O ESTADO GERENCIAL E SUAS "SOLUÇÕES"</i>	14	59
ANA PAULA DUARTE DAMASCENO		
• <i>ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	12	99
ANA PAULA LIRA MELO		
• <i>O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE</i>	12	121
ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA		
• <i>EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</i>	15	41
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO		
• <i>QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.</i>	10	61

	Núm.	P.
ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA		
• <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.</i>	13	41
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO		
• <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i>	06	49
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN		
• <i>REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.</i>	05	33
ANTÔNIO MACHADO GUEDES ALCOFORADO		
• <i>ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES</i>	14	77
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO		
• <i>SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL</i>	06	61
ANTÔNIO VITAL DE MORAES		
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS</i>	06	491
• <i>SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO</i>	15	605
ARAKEN DE ASSIS		
• <i>ANTECIPAÇÃO DA TUTELA</i>	04	28
ARTUR ORLANDO DE A. DA COSTA LINS		
• <i>O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO</i>	15	95
ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO		
• <i>O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.</i>	01	123

ARTUR STAMFORD

- | | Núm. | P. |
|--|------|----|
| • <i>AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)</i> | 07 | 43 |

AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO.</i> | 15 | 123 |
|--|----|-----|

BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

- | | | |
|---|----|-----|
| • <i>AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA..</i> | 15 | 149 |
|---|----|-----|

BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA

- | | | |
|--|----|----|
| • <i>O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO</i> | 11 | 71 |
|--|----|----|

BRUNO GALINDO

- | | | |
|---|----|-----|
| • <i>PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.</i> | 08 | 19 |
| • <i>O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?</i> | 14 | 103 |

BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI

- | | | |
|---|----|----|
| • <i>A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA)</i> | 13 | 73 |
|---|----|----|

CAETANO LAGRASTA NETO

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL</i> | 04 | 55 |
| • <i>EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL</i> | 06 | 123 |
| • <i>REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".</i> | 07 | 67 |
| • <i>CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS</i> | 12 | 169 |

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA • <i>A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO</i>	15	173
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO • <i>A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.</i>	03	95
CARINE DELGADO CAÚLA REIS • <i>ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.</i>	09	125
• <i>NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS</i>	12	181
CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA • <i>MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRANACIONAL.</i>	08	41
CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO • <i>VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL</i>	12	211
CATARINA VILA-NOVA ALVES DE LIMA • <i>CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇÕES.</i>	15	191
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO • <i>DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA</i>	14	69
CARLOS MORAES • <i>SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA</i>	08	443
CÉLIA MORAIS • <i>"LEASING" FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQÜÊNCIAS</i>	14	153
CELSO ANTONIO P. FIORILLO • <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101

CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ

• <i>OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.</i>	08	59
---	----	----

CLÁUDIO BRANDÃO

• <i>A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.</i>	05	69
• <i>PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?</i>	07	83
• <i>PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL</i>	11	95

CLÁUDIO SOUTO

• <i>DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA</i>	01	16
• <i>PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO.</i>	02	107
• <i>FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.</i>	04	435
• <i>A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.</i>	05	79
• <i>DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO.</i>	08	81

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA

• <i>ESCOLAS DA MAGISTRATURA</i>	02	13
----------------------------------	----	----

CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS

• <i>LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA.</i>	04	126
• <i>PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL.</i>	06	97

CRISTINA OSSIBE MARTINS BOTELHO

• <i>CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES</i>	14	171
--	----	-----

	Núm.	p.
DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA		
• CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.	02	249
DANIELA RAMOS GALVÃO		
• DANO MORAL	14	209
DAMÁSIO DE JESUS		
• CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA	12	229
• SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR	15	213
DÁRIO ROCHA		
• A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.	04	167
• APRESENTAÇÃO.	07	13
• CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUE SER E NÃO SER ALTERNATIVO.	07	103
• APRESENTAÇÃO.	08	15
• JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM.	08	93
• APRESENTAÇÃO.	09	21
• APRESENTAÇÃO.	10	21
• MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA.	10	107
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69.	07	121
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO N. 5.336/92	01	292
• AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIACÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.	02	362

	Núm.	p.
• AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO.	04	156
• DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA.	05	117
• O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO.	06	141
• DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.	07	139
• SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.	08	99
DENISE FROSSARD		
• O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.	06	155
DJACI FALCÃO		
• PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.	05	501
• PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.	06	501
DJASON B. DELLA CUNHA		
• GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.	07	151
• O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.	09	141
• A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO	11	115
• BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA	13	93
DOMINGOS TOCHETTO		
• CRIMINALÍSTICA.	06	163
EDIL BATISTA JÚNIOR		
• O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA)	13	111

	Núm.	p.
EDSON DE ARRUDA CÂMARA		
• O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.	02	150
• GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO.	03	111
EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES		
• SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.		
• ANATOCISMO	04	526
• SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO.	05	525
EDUARDO R. RABENHORST		
• SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".	03	119
ELSON ZOPELLARO MACHADO		
• DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.	07	189
ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS		
• SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS.	03	559
ELZANY CINTRA DE MORAIS		
• CURSO DE CRIMES.	10	119
EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO		
• ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.	06	181
EMÍLIO GARCIA MENDEZ		
• ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).	07	199
EMÍLIO D' ALMEIDA LINS		
• INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS – DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO	15	219
ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO		
• A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO.	02	201

	Núm.	p.
• FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO.	05	127
• REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL	07	213
ESMAPE		
• ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO.	02	500
• REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.	07	213
ETÉRIO GALVÃO		
• O JUIZ É UM SER POLÍTICO	11	139
• APRESENTAÇÃO	11	21
• APRESENTAÇÃO	12	21
• APRESENTAÇÃO	13	17
EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI		
• O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO.	06	201
FÁBIA AMARAL DE OLIVEIRA MELLO		
• A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL	15	247
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA		
• O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE.	08	107
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA		
• DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	04	181
• O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA.	07	253
FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA		
• A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.	04	204

	Núm.	p.
• SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.	06	523
FÁBIO ULHOA COELHO		
• REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET	13	141
FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE		
• A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR.	09	159
• MERCOSUL - MERCADO COMUM - REALIDADE OU UTOPIA	12	235
FÁTIMA NANCY ANDZIGHI		
• DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.	01	9
• REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.	05	117
FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO		
• O LÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE Kelsen E PONTES DE MIRANDA	12	259
FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO		
• PARECER CPRH.	08	473
FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS		
• MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.	02	477
• SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL.	08	455
FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA		
• A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.	01	202
• "NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	03	131
• O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).	05	215

	Núm.	p.
• O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.	06	213
• A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.	07	291
• COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NAS INFRAÇÕES PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?	08	121
• INDECLINABILIDADE DO JULGAR.	10	153
FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR		
• O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON	13	153
FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA		
Ver DÁRIO ROCHA		
FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA		
• O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA	12	285
FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES		
• LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.	05	237
GERALDO PRADO		
• REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO.	04	222
GÜNTHER KAISER		
• LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.	05	251
GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA		
• JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.	03	149
• OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.	07	317
HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS		
• I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.	01	74

	Núm.	p.
• PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.	02	240
• OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.	03	177
• UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.	03	185
• DA IGUALDADE.	05	269
• O INSS EM DEBATE.	06	243
• DE 88 EM DIANTE.	07	339
• LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL	12	313
HIDELBRANDO CAMPESTRINI		
• LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.	02	90
HUGO CAVALCANTI MELO FILHO		
• LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.	03	191
HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA		
• BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS	12	351
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR		
• AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98.	09	177
• PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO	11	455
• RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	15	265
IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO		
• SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.	09	431
INÊS CRISTINA SELBMANN		
• UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO		

	Núm.	p.
DOG MÁTICA DE DIREITO.	07	367
• RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.	08	151
• SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?	10	179
• RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS	12	373
IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO		
• CONCURSO DE PESSOAS.	08	169
ISAÍAS ANDRADE LINS NETO		
• QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.	09	203
• SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.	10	395
• VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90	11	143
ISABELLE AMORIM DE MORAES		
• CONCURSO DE CRIMES.	08	195
IVAN LUIZ DA SILVA		
• CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.	05	315
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS		
• OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	13	205
• INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PARECER.	15	625
IVO DANTAS		
• SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.	03	201
• AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS	11	151

	Núm.	p.
JACKSON BORGES DE ARAÚJO		
• MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.	03	571
• MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.	06	533
• DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.	07	383
JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA		
• TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.	03	215
• A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.	06	249
• PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.	08	223
JOÃO ALFREDO DOS ANJOS		
• ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO.	05	337
JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO		
• FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.	01	266
• A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.	03	233
• MODERNIDADE E DIREITO.	06	255
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA		
• ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.	05	383
• A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.	07	405
• JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERACÃO DO FORMALISMO KELSENIANO	15	297
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR		
• NÓS E OS JUÍZES.	05	357

JOAQUIM LUSTOSA FILHO

	Núm.	p.
• PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.	11	48

JOEL J. CÂNDIDO

• DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÊXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS	15	327
---	----	-----

JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO N° 1.178/93.	01	230
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.	02	467
• SENTENÇA CÍVEL: AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.	03	589
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.	05	545
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.	09	457
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.	10	409
• SENTENÇA CÍVEL: NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.	11	505
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO	14	625

JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO

• A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL	15	349
---	----	-----

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233
--	----	-----

	Núm.	p.
JOSÉ DE MOURA ROCHA		
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).	03	261
• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.	04	229
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).	06	275
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.	07	449
JOSÉ CARLOS DE ARRUDA DANTAS		
• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.	07	429
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".	08	233
• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.	09	211
• A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO	12	383
• A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL	15	399
JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM		
• TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO	15	417
JOSÉ FERNANDES DE LEMOS		
• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.	03	603
JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ		
• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.	02	339
• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.	03	287
• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.	05	405
• O VALOR DA JUSTIÇA.	06	301
• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.	07	481

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

• A FUNÇÃO DO JUIZ.	01	184
---------------------	----	-----

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

• AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS	12	403
---	----	-----

JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO

• REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE	14	255
---	----	-----

JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO

• ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO.	15	427
--	----	-----

JOSÉ RENATO NALINI

• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.	01	211
• PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.	02	28
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.	03	325
• A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.	06	337

JOSÉ SOARES FILHO

• ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.	01	107
• O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.	04	259

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

• LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.	02	262
• SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	03	311

JOSÉ VIANA ULISSES FILHO

• ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.	01	145
• LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS		

	Núm.	p.
ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.	02	310
• O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.	03	355
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE	05	561
JUSTIÇA PÚBLICA		
• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.	01	292
KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA		
• A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS	13	235
KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA		
• O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL	12	441
KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA		
• O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.	10	209
• DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	11	229
LÊNIO LUIZ STRECK		
• OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	13	257
LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.	04	282
• POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.	07	501
LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO		
• DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.	02	490

	Núm.	p.
• PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.	03	625
LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA		
• A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº 9868/99 QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO	13	291
LUCIANA HELENA SANTOS		
• UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS	12	465
LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES		
• O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.	08	247
LUCIENE LACERDA SILVA MENDES		
• A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	14	287
LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA		
• O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL)	11	247
• A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO	12	495
• BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO)	13	311
• A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO	14	311
LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO		
• DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA.	15	451

	Núm.	p.
LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS		
• <i>AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.</i>	11	275
LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO		
• <i>DA INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE PERNAMBUCO</i>	14	331
LUIZ DE FREITAS LIMA		
• <i>A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL</i>	12	511
• <i>ARREPIO À LEI DO CHEQUE</i>	14	345
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO		
• <i>INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.</i>	04	296
MARCELO A. RODRIGUES		
• <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101
MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA		
• <i>A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.</i>	09	247
MARCO MACIEL		
• <i>ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.</i>	04	312
MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO		
• <i>O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.</i>	03	375
MARIA ADELAIDE MONTEIRO DE ABREU		
• <i>EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA.</i>	14	357

	Núm.	p.
MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ		
• <i>¿ INFLUIEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ?</i>	15	483
MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES		
• <i>O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO</i>	14	381
• <i>NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL</i>	15	535
MARIA BETÂNIA SILVA		
• <i>AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.</i>	02	446
• <i>UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.</i>	04	318
• <i>SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.</i>	07	511
MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO		
• <i>CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.</i>	08	299
• <i>A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.</i>	10	233
MARIA D'LARA SIQUEIRA DE MELO BORGES		
• <i>A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.</i>	08	283
• <i>AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.</i>	09	267
MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA		
• <i>O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</i>	10	263
MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO		
• <i>O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL</i>	13	345
MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA		
• <i>DIREITO DE TRABALHO MÍNIMO</i>	12	525
• <i>O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A</i>		

	Núm.	p.
<i>INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL</i>	14	403
MARUPIRAJA RAMOS RIBAS		
• <i>DANOS MORAIS.</i>	07	527
• <i>SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.</i>	09	475
• <i>A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS</i>	11	283
MAURÍCIO RANDS		
• <i>DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.</i>	04	344
MAURÍCIO GOMM SANTOS		
• <i>FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.</i>	02	190
MICHELE TARUFFO		
• <i>DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.</i>	11	291
• <i>LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO</i>	14	431
NALVA CRISTINA CAMPELLO		
• <i>SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.</i>	03	639
NAPOLEÃO TAVARES		
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	01	05
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	02	11
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	03	09
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	04	11
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	05	13
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	06	13
• <i>AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.</i>	06	549
NATÁLIA ASSIS MELO		
• <i>A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO</i>		

	Núm.	p.
<i>EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL</i>	15	545
NELSON SALDANHA		
• <i>SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.</i>	03	409
• <i>EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.</i>	04	356
• <i>O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.</i>	07	533
• <i>DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.</i>	08	317
• <i>PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO</i>	11	345
NILDO NERY DOS SANTOS		
• <i>AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.</i>	01	99
• <i>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.</i>	02	124
• <i>DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.</i>	04	371
NIVALDO MULATINHO FILHO		
• <i>SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.</i>	11	517
• <i>SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA</i>	12	633
OG FERNANDES		
• <i>JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.</i>	01	287
PALHARES MOREIRA REIS		
• <i>O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.</i>	09	283
• <i>NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i>	11	357
• <i>A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA</i>	13	367
PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES		
• <i>DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA</i>	12	537

	Núm.	p.
PAULA OLIVEIRA MENDONÇA		
• <i>PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.</i>	09	301
PAULO LUIZ NETTO LÔBO		
• <i>QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.</i>	05	465
• <i>IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.</i>	06	361
PAULO CÉSAR MAIA PORTO		
• <i>O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.</i>	03	419
• <i>PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.</i>	05	439
PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA		
• <i>IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.</i>	14	457
PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA		
• <i>DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.</i>	02	374
RAFAEL JOSÉ DE MENEZES		
• <i>AS VIRTUDES DO JUÍZ PROFESSOR DE DIREITO</i>	13	377
RAÚL HORACIO OJEDA		
• <i>O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL</i>	14	403
REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO		
• <i>LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS.</i>	14	479
RENATO PINHEIRO FILHO		
• <i>O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS</i>		

	Núm.	p.
<i>ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.</i>	10	305
RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA		
• <i>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).</i>	04	386
RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO		
• <i>SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC.</i>	11	533
• <i>POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL</i>	15	561
RICARDO SILVEIRA RIBEIRO		
• <i>CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL</i>	10	281
RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS		
• <i>A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.</i>	01	407
• <i>O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.</i>	02	161
• <i>O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.</i>	04	413
ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES		
• <i>LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.</i>	08	335
• <i>RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO</i>	11	367
ROBERTO MAGALHÃES		
• <i>O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.</i>	06	381

	Núm.	p.
PAULA OLIVEIRA MENDONÇA		
• PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.	09	301
PAULO LUIZ NETTO LÔBO		
• QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA N° 05 - STJ.	05	465
• IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.	06	361
PAULO CÉSAR MAIA PORTO		
• O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.	03	419
• PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.	05	439
PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA		
• IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.	14	457
PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA		
• DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.	02	374
RAFAEL JOSÉ DE MENEZES		
• AS VIRTUDES DO JUÍZ PROFESSOR DE DIREITO	13	377
RAÚL HORACIO OJEDA		
• O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL	14	403
REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO		
• LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS.	14	479
RENATO PINHEIRO FILHO		
• O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS		

	Núm.	p.
ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.	10	305
RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA		
• O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).	04	386
RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO		
• SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC.	11	533
• POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL	15	561
RICARDO SILVEIRA RIBEIRO		
• CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL	10	281
RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS		
• A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.	01	407
• O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.	02	161
• O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.	04	413
ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES		
• LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.	08	335
• RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	11	367
ROBERTO MAGALHÃES		
• O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.	06	381

	Núm.	p.
ROMUALDO MARQUES COSTA		
• PUNIBILIDADE E NORMA PENAL.	01	131
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME.	02	134
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA.	03	455
ROQUE DE BRITO ALVES		
• ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL	12	565
• INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL	14	495
ROSA MARIA A. NERY		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA		
• A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.	02	419
RUY TREZENA PATU JÚNIOR		
• CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.	01	421
• MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.	02	272
• A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA	03	469
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.	04	544
• SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE	14	503
SAMUEL HORÁCIO DE OLIVEIRA		
• JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.	09	343
SANTIAGO REIS		
• VOTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS	14	635

	Núm.	p.
SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA		
• A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.	02	393
SAULO RAMOS		
• REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	09	367
SOLANGE SOUTO		
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435
• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	79
SÉRGIO BERMUDES		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	391
SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA		
• A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.	04	429
SÉRGIO TORRES TEIXEIRA		
• A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE	08	367
• ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA	13	385
SIDNEY SANCHES		
• ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	03	511
SÍLVIO NEVES BAPTISTA		
• ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.	02	177
• CONCEITO DO DIREITO CIVIL.	07	545
STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO		
• UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?	08	389

	Núm.	p.
TEODOMIRO NORONHA CARDOZO		
• SENTENÇA PENAL.	10	427
• DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.	11	399
• SENTENÇA CRIMINAL	13	517
• SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO	14	661
THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA		
• AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET".	15	573
THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES		
• PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.	11	409
THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE		
• DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS: A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS	14	559
VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS		
• A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.	03	527
• A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	04	449
• AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLOGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.	06	405
• OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA	12	599
VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE		
• ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS.	06	425
• SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.	09	485
• SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.	11	543

	Núm.	p.
• AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS	13	425
• A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA	14	583
VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES		
• A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE	13	443
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	04	467
• A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.	06	457
• FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.	07	563
• CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	08	403
• PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	11	423
WALBER DE MOURA AGRA		
• INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO.	10	331
• A CRISE DA NACIONALIDADE NO TEXTO CONSTITUIÇÃO DE 1988	13	465
• LIMITES AO PODER DECORRENTE	14	607
WELITON SOUSA CARVALHO		
• INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	13	495
ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA		
• OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE	12	613
ZÉLIO FURTADO DA SILVA		
• O CONTEÚDO SOCIOLOGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.	02	79
• A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO.	03	539

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
• ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.	05	469
• DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M. P. N.º 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	07	593
• A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.	10	359



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
Fones: (81) 34218457 – 1816 – 7876
www.esmape.com.br

